

ROSARIO FERRARA

ETICA, AMBIENTE E DIRITTO: IL PUNTO DI VISTA DEL GIURISTA



giuffrè editore - 2014

Estratto al volume:

TRATTATO DI DIRITTO DELL'AMBIENTE

Rosario Ferrara - Maria Alessandra Sandulli

I LE POLITICHE AMBIENTALI, LO SVILUPPO SOSTENIBILE E IL DANNO

a cura di
Rosario Ferrara e Carlo Emanuele Gallo

Capitolo 2

ETICA, AMBIENTE E DIRITTO: IL PUNTO DI VISTA DEL GIURISTA

di ROSARIO FERRARA

SOMMARIO: 1. Alle origini del problema. — 2. *Segue*: etica, ambiente e diritto nella “società del rischio”. Le antinomie del mondo “liquido”. — 3. Ambiente ed etica: le risposte del diritto. — 4. *Segue*: etica e diritto. I caratteri della regolazione giuridica tra forma e sostanza. — 5. I principi del diritto e quelli dell’etica: fra integrazione e separazione. — 6. *Segue*: etica e diritto alla prova dei fatti. Dai “rami alti” ai “rami bassi” dell’ordinamento. — 7. *Segue*: etica ambientale e procedimento amministrativo. — 8. Rilievi conclusivi.

Il Prometeo irresistibilmente scatenato, al quale la scienza conferisce forze senza precedenti e l’economia imprime un impulso incessante, esige un’etica che mediante auto-restrizioni impedisca alla sua potenza di diventare una sventura per l’uomo.

(HANS JONAS, *Il principio responsabilità*)

1. Alle origini del problema.

Non sarebbe certo corretto affermare che solo recentemente i “mondi” (separati?) dell’etica, dell’ambiente e del diritto hanno assunto la (virtuosa) abitudine di misurarsi e confrontarsi reciprocamente, in vista della messa in campo dei necessari ed opportuni progetti di mediazione e componimento di fasci di interessi spesso destinati a confliggere. Né apparirebbe, per altro verso, del tutto fondata la convinzione, peraltro ampiamente radicata e diffusa ¹, per la quale è solo a far tempo dalla seconda metà del XX secolo che inizia a farsi strada una genuina e piena consapevolezza del fatto che l’ambiente (l’*habitat*, gli ecosistemi, il paesaggio, il territorio, ecc.) deve costituire oggetto di interesse e considerazione da parte degli ordinamenti giuridici ².

In realtà, e pur non essendo comunque possibile delineare percorsi

¹ Per un’ampia ricostruzione di tale dibattito, cfr., per tutti, OLIVETTI RASON, in AA.VV., *Diritto dell’ambiente*, Roma-Bari, Laterza, 2008, 3 ss.

² Ancora OLIVETTI RASON, *op. loc. cit.*, al quale si rinvia. In questa direzione, per un’efficace messa a punto del problema (che è a carattere “storico” ma con importanti valenze dogmatiche), cfr. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente*, Torino, Giappichelli, 2007, *passim*, ma spec. 67 ss.

interpretativi certi e pienamente verificabili, quello dell'ambiente è un tema (*rectius*, un complesso di temi e problemi) che si impone da sempre all'attenzione del legislatore e dell'uomo di governo, quando pure diverse (e spesso con modalità di assoluta fungibilità) siano le categorie evocate e le denominazioni utilizzate nell'ambito della tradizionale attività di produzione normativa. Paesaggio, urbanistica, governo del territorio e anche tutela della salute: ecco, come è ben noto, anche solo passando in rassegna alcune norme della nostra Costituzione (e non soltanto di essa, ovviamente), le principali espressioni che, quasi con effetto equivalente, hanno spesso colmato un vero e proprio *deficit* culturale e lessicale, tipico e proprio delle costituzioni del secondo dopoguerra ³. E che dire, oltre tutto, delle importanti codificazioni, risalenti nel tempo, relative ai beni pubblici, e cioè al regime della proprietà pubblica, in virtù della quale "i beni comuni" (i *commons*, anche con la loro inevitabile "tragedia")⁴ sono sottratti, in tutto o in parte, alle regole ordinarie della proprietà onde assicurarne la fruizione collettiva secondo regole di razionalità efficientistica in quanto ne deve essere preservata la destinazione e garantita la conservazione fisico-materiale in termini quali-quantitativi?

Ciò che sembrerebbe ragionevole supporre (ancora una volta alla stregua di una mera congettura) è che in molti casi il legislatore abbia utilizzato le espressioni e le denominazioni che gli erano familiari (il paesaggio piuttosto che l'ambiente, ad esempio) ma che abbia comunque voluto introdurre regole e disciplinare progetti di politiche pubbliche volti verso obiettivi finalizzati di protezione dell'ambiente. Si potrebbe quasi pensare che si sia in questo modo delineata una strategia virtuosa capace di sussumere l'ambiente nella sua dimensione oggettiva (in quanto tutela obiettivizzata, oltre il naturale riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive a carattere individuale). Strategia virtuosa la quale — si noti bene — non potrebbe comunque sostituirsi agli scopi tipici e propri delle più "antiche" codificazioni normative relative ai beni ambientali e/o all'ambiente unitariamente e globalmente considerato, scopi tipici e propri il cui *focus* è sicuramente costituito dall'intento di amministrare e gestire beni comuni (i *commons*) di fondamentale importanza economica (dall'acqua,

³ Ancora, per tutti, OLIVETTI RASON, *op. loc. cit.* e CAFAGNO, *op. loc. cit.* Sia anche consentito rinviare, per il completare il quadro di riferimenti costituzionali, a R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Salute e sanità, Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà, Zatti, vol. V, Milano, Giuffrè, 2010, 3 ss.

⁴ Sulla "tragedia" dei beni comuni, per tutti HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 1243 ss. Su ciò anche, molto efficacemente, CAFAGNO, *op. cit.*, *passim* (cfr. *ivi*, alla nota n. 7 ulteriori riferimenti bibliografici).

alle miniere alle foreste, ecc.) e la cui vera “tragedia” sembra essere rappresentata dalla loro manifesta scarsità e deperibilità ⁵.

Si giunge a toccare, in questo modo, un aspetto davvero nevralgico del discorso, messo del resto efficacemente in luce dai filosofi e dagli studiosi di bioetica ⁶.

Il fatto che il diritto, con il proprio codice di regole e valori, abbia quasi inconsapevolmente organizzato forme e strumenti di obiettiva tutela di alcuni tra i principali beni ambientali, nulla toglie al fatto che tali pur rilevanti risultati si possano raggiungere per così dire oggettivamente sebbene interesse primario delle normative via via intervenute sia sempre stato (e in parte tuttora sia) quello di delineare un più efficace “ordine giuridico del mercato”⁷, in vista della gestione, spesso in regime di scarsità, dei più importanti beni comuni secondo criteri e valori di efficienza economica.

E allora?

I filosofi e i bioeticisti ci rappresentano, sotto questo riguardo, importanti “semi di verità”, e anzi, per meglio dire, ci aprono gli occhi consentendoci di allargare il discorso, e soprattutto di intercettare le linee di un’evoluzione dinamica che si materializza come un’autentica (inarrestabile) rivoluzione copernicana.

È sufficiente pensare ad un solo studioso, il cui pensiero è sicuramente emblematico, in quanto ben rappresenta lo spirito (e le angosce) dei “tempi moderni”, ossia ad Hans Jonas ⁸. E, infatti, proprio di angoscia si tratta (di *Angst*), del senso di smarrimento esistenziale che prende l’uomo allorché si trova a passare dalla sua condizione, “normale” e tradizionale, di signore dell’universo a quella di soggetto “passivo” della scienza e della tecnologia, dallo *status* attivo (e privilegiato) di *homo faber* dedito alla costruzione della sua più mirabile creatura (la città, la *polis*), entità “artificiale” e mutevole, e tuttavia perimetro straordinario nel quale si compongono le

⁵ Soprattutto per quel che concerne le risorse idriche, come è ben noto. Cfr., recentemente, *ex multis*, il sito del WWF (infowwf.it), circa le politiche di protezione delle Alpi, straordinario esempio di biodiversità e principale riserva idrica del nostro continente. Cfr. comunque HARDIN, *op. loc. cit.* e CAFAGNO, *op. loc. cit.*

⁶ E soprattutto, nella dottrina italiana, da TALLACCHINI, in molti contributi; cfr., infatti, fra i tanti, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in GRASSI-CECCHETTI-ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, vol. I, Firenze, OLSKY, 1999, 57 ss.; ID., *Politiche della scienza contemporanea: le origini nonché I saperi specialistici tra science advise e soft law: technology assessment ed expertise etica*, entrambi in *Ambito e fonti del biodiritto, Trattato di biodiritto*, cit., vol. I, rispettivamente 53 ss. e 861 ss.

⁷ IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

⁸ Del quale cfr., spec., il celeberrimo *Il principio responsabilità*, Torino, Einaudi, 2009 (dalla cui prefazione, a cura dello stesso Autore, è tratto il riferimento al “Prometeo irresistibilmente scatenato” con cui si apre questo lavoro). Dello stesso Autore si veda egualmente, *Frontiere della vita, frontiere della tecnica*, Bologna, Il Mulino, 2011.

linee dell'avventura terrena dell'uomo, a quello di semplice elemento costitutivo della biosfera.

Il senso complessivo della critica che viene in questo modo sviluppata nei riguardi della modernità diviene, in questo quadro, conseguente e lineare: si è trasformata la natura dell'agire umano e ciò comporta che la "vecchia" etica, marcatamente antropocentrica, si riveli oggi non solo insufficiente ma, addirittura, radicalmente sbagliata; la natura, e i suoi "diritti", impongono un nuovo approccio, verso un'etica rinnovata, costitutivamente nuova ed originale, che può essere definita come ecocentrica ⁹. Se, Infatti, il Coro dell'Antigone di Sofocle scandiva l'omaggio angosciato al potere angosciante dell'uomo, oggi l'insorgere sugli scenari del mondo (globalizzato) del Prometeo "irresistibilmente scatenato" impone l'elaborazione e la messa in campo di un nuovo codice etico, di un'etica nuova che origina, in qualche misura, dall'euristica della paura ¹⁰.

È in questo modo, e come sviluppo coerente di tali premesse, che l'etica della responsabilità finisce coll'essere messa al centro di ogni possibile percorso, di ogni praticata, e praticabile, lettura della modernità: l'*homo faber* ha finito col rivolgersi, tragicamente, contro se stesso così come, del tutto specularmente, si rivolge contro la "madre" terra, calpestando (o non rispettando a sufficienza) i diritti delle generazioni future ¹¹.

Si avvia, in questo modo, un processo che può condurre al "superamento" dell'uomo?

Hans Jonas si pone coerentemente la domanda, alla quale viene data, a ben vedere, la stessa risposta fornita nel 1950 da uno dei più importanti scrittori nordamericani del secolo scorso: "*I decline to accept the end of man. It is easy enough to say that man is immortal simply because he will endure...*" ¹².

Se questo è vero, e se pertanto la fine dell'uomo non può essere accettata, allora ciò che viene in discussione è la natura stessa del modello di sviluppo, con il suo codice di valori, di attese e di obiettivi che debbono essere raggiunti ("degli umani le magnifiche sorti e progressive", per dirla con G. Leopardi), ossia la sostanza profonda di un modo di "stare al mondo" (nella biosfera di cui si è parte infinitesima) che si è caratterizzato

⁹ JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., *passim*, il cui sottotitolo è, significativamente, *Un'etica per la civiltà tecnologica*.

¹⁰ JONAS, *op. ult. cit.*, spec. 4 ss.

¹¹ Ancora JONAS, nei contributi sopra citati.

¹² Così, nel suo discorso in occasione del conferimento del premio Nobel per la letteratura nel dicembre del 1950, Faulkner (al sito *Nobelprize.org*).

— e tuttora si caratterizza — per un costante tratto sistemico: l'imperativo dello sviluppo, della crescita e del progresso.

Sviluppo, crescita, progresso: concetti sicuramente indeterminati, e come tali capaci di modularsi in stretta connessione logica con gli attributi (e cioè con gli aggettivi) che li qualificano; lo sviluppo diviene infatti “sostenibile” e la crescita eventualmente “controllata” oppure vigorosa, al servizio dell'*affluent society*, e il progresso “virtuoso”, e via di seguito.

Ma tant'è! L'etica della responsabilità non può non cogliere, sotto questo riguardo, un fondamentale passaggio, quello che in qualche modo determina la crisi profonda e irreversibile del “vecchio” modello di sviluppo, ossia il ribaltamento (o quasi) dei “rapporti di forza” fra scienza e tecnologia.

È vero, infatti, che sono i fondamenti teoretici delle rivoluzioni scientifiche a rappresentare da subito la base logico-culturale del nuovo mondo che si affaccia, con il Rinascimento e le rivoluzioni di Galileo, Copernico e Newton ¹³, ma non è men vero che sarà poi il successivo sopraggiungere della *Techne*, di una vera e propria “deriva tecnologica” ¹⁴, ad innescare processi evolutivi (oppure involutivi, in relazione al codice di valori che si intende privilegiare) capaci di condurci al punto di drammatico stallo nel quale l'uomo (e il pianeta sul quale vive!) pare oggi trovarsi.

L'immagine, drammatica e desolante, di un meccanismo diabolico, evocata da Max Weber nei suoi saggi di sociologia delle religioni ¹⁵, descrive con insuperata efficacia i guasti della crescita incontrollata e del consumismo esasperato, evidenziando la connessione di senso che lega il sopravvento della *Techne*, che appare inopinatamente scalzare la stessa Scienza, alla forte accelerazione dei processi disgregativi in atto.

Processi disgregativi che riguardano l'uomo e il suo *habitat* (la madre terra oppure, più asetticamente, la biosfera e l'uomo), e rispetto ai quali le tradizionali visioni del mondo (ad esempio, quella della “Nuova Atlantide, di Francis Bacon) ¹⁶, si rivelano non solo insufficienti ma addirittura false, almeno oggi, per il semplice fatto di postulare l'ineluttabile necessità — e dunque la perdurante legittimità — dello “sviluppo”, sotto l'ombrello protettivo di una scienza, e soprattutto di una tecnologia, della quale non può essere contestata la legittimazione.

¹³ Di grande interesse, sotto questo riguardo, la ricognizione e la ricostruzione critica effettuate da JONAS nel cit. volume *Frontiere della vita, frontiere della tecnica*.

¹⁴ Ancora JONAS, nei contributi più volte cit.

¹⁵ WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Milano, Rizzoli, 2007, spec. 239 ss.

¹⁶ BACONE, *Saggi del progredire della scienza nonché Nuova Atlantide*, Novara, De Agostini, 1966.

Semmai ne potranno essere messe in discussione l'indipendenza e la libertà in assoluto (della Scienza come della tecnica), secondo quanto ci indicano gli studi sui c.d. sistemi esperti e sulla comitologia nel campo scientifico ¹⁷, senza che sia tuttavia corretto revocarne in dubbio la persistente legittimità (e la sicura legittimazione).

Tutto ciò premesso, ed essendo ben consapevole del fatto che si tratta di un quadro per così dire sinottico semplicemente sbizzato, possono essere tuttavia considerati alcuni dati sistemici di palese interesse, dei veri e propri punti fermi per chi si occupa di politiche pubbliche (e private, nell'ottica della responsabilità sociale dell'impresa) ¹⁸ finalizzate alla protezione dell'ambiente.

È certo, infatti, che l'etica, con i suoi fondamenti teorici e come filosofia pratica ¹⁹, è strettamente implicata con le scelte e le opzioni strategiche che il legislatore e le autorità di governo assumono allorché vengono messi in campo progetti di medio-lungo periodo rivolti ad una migliore protezione dell'ambiente e della salute dell'uomo. Si può anzi ragionevolmente affermare che il profilo di considerazione etica che deve necessariamente permeare e conformare il processo cognitivo e deliberativo del decisore collettivo pubblico sarà tanto più rilevante quanto più generale e "globale" sia la collocazione del decisore stesso nell'ambito del sistema multilivello. E *pour cause*, in quanto le politiche per l'ambiente, e sull'ambiente, sono, quasi per definizione, a dimensione globale e transnazionale, secondo quanto dimostra il rituale (spesso triste e desolante) che si svolge nell'arena globale, fra *summit*, convenzioni, conferenze, protocolli, dichiarazioni, ecc., con i quali molto raramente si va oltre la (pur importante) attivazione di strumenti di *soft law*.

Né si giunge — ovviamente — a conclusioni diverse qualora si limiti lo spettro dell'indagine allo scenario, regionale e domestico, dell'Unione europea.

E, cioè, in altre parole, ogni scelta, ogni opzione relativa all'ambiente,

¹⁷ Per tutti, TALLACCHINI, *I saperi specialistici tra science advice e soft law: technology assessment ed expertise etica*, cit., contributo al quale si rinvia anche per il nutrito corredo bibliografico. Il problema appena evocato nel lavoro è, intuitivamente, di fondamentale rilevanza e, come ben si sa, viene spesso evocato ed affrontato, soprattutto in occasione di eventi non propriamente commendevoli, anche dalla stampa quotidiana: v., ad esempio, TOGNOTTI, *Scienziati con il vizio della truffa*, in *La Stampa* del 6 ottobre 2012.

¹⁸ Tema relativamente al quale si veda il pregevolissimo *Rapport public 2005* del *Conseil d'Etat* francese su *Responsabilité et socialisation du risque*, Parigi, *La documentation française*, 2005.

¹⁹ Illuminante, sotto questo profilo, il saggio di L. BENVENUTI, *Il diritto dell'ambiente nella prospettiva dell'etica applicata*, in *Jus*, 2000, 453 ss. cui adde POLI-TIMMERMAN (a cura di), *L'etica nelle politiche ambientali*, Padova, Gregoriana libreria editrice, 1991.

assunta nel contesto dei sistemi di *multilevel governance*, sarà in qualche modo condizionata da una sorta di clausola, dalla “clausola etica”: la decisione alla quale si perviene potrà non essere soddisfacente, dal punto di vista dell’etica, ma tale punto di vista dovrebbe essere stato comunque attentamente considerato.

Anche a voler tralasciare (almeno per ora) fondamentali elementi di riflessione, è sufficiente ricordare il principio-obiettivo dello sviluppo sostenibile e quello di precauzione, sicuramente più giuridico del primo, per toccare con mano come, e con quale logica di reciproca presupposizione e compenetrazione, l’etica ed i più generali principi delle politiche pubbliche per l’ambiente siano ormai profondamente implicati e integrati ²⁰.

E si possono anche misurare i processi di reciproca ibridazione e/o di contestuale elaborazione che hanno visto confrontarsi filosofi, bioeticisti, giuristi ed economisti (a voler semplicemente ricordare i principali *stakeholder*, portatori di differenti ispirazioni scientifico-culturali), avviandoli su comuni percorsi e — spesso — verso comuni punti di approdo. Ad esempio, proprio H. Jonas focalizza la sua attenzione su quelli che a lui paiono essere i due fondamentali modelli di responsabilità: quella genitoriale e quella dell’uomo di Stato ²¹.

È sulla scorta di tali modelli paradigmatici che viene (fra l’altro) postulato un nuovo principio di responsabilità, così da passare dall’etica tradizionale di matrice antropocentrica a quella dell’uomo che ha in carico la gestione della madre terra in regime di amministrazione fiduciaria, a beneficio (anche) delle future generazioni ²².

Se questo è vero, è proprio in quello stesso torno di anni (nel 1972) che con la Dichiarazione di Stoccolma sull’ambiente umano si afferma, all’art. 1, che l’uomo “... ha il dovere solenne di proteggere e migliorare l’ambiente a favore delle generazioni presenti e future...”, specificandosi, al successivo art. 2, che “Le risorse naturali della Terra ivi comprese l’aria, l’acqua, la terra, la flora, e la fauna e particolarmente i campioni rappresentativi degli ecosistemi naturali, devono essere preservati nell’interesse delle generazioni presenti e future, attraverso un’adeguata pianificazione e gestione”. E, d’altro canto, ai sensi dell’art. 8 della medesima dichiarazione, “Lo sviluppo economico e sociale è indispensabile se si vuole assicurare un ambiente

²⁰ CAFAGNO, *op. cit.*, *passim* e FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010. Importante DELL’ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2004. Sia anche consentito il rinvio a R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell’ambiente*, in *La tutela dell’ambiente* (a cura di R. Ferrara), Torino, Giappichelli, 2006, 1 ss.

²¹ JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., *passim*, ma spec. 124 ss.

²² JONAS, *op. ult. cit.*

propizio all'esistenza ed al lavoro dell'uomo e creare sulla Terra le condizioni necessarie al miglioramento del tenore di vita".

Ossia, lo sviluppo è pertanto affermato come valore non rinunciabile, solo che, pur in una dimensione sicuramente antropocentrica, esso ha da essere sostenibile, in vista del rispetto dei diritti delle generazioni future.

Forse H. Jonas (verosimilmente in buona compagnia)²³ avrebbe voluto come fortemente affermati obiettivi più decisamente malthusiani, di decrescita controllata e programmata, in vista della messa in campo di politiche di "futuro sostenibile" (di *Zukunftsvorsorge*)²⁴, anziché di "mero" sviluppo sostenibile. Ma tant'è, quando pure si tratti di una più riduttiva e limitante "visione del mondo", quando pure il principio dello sviluppo sostenibile si presenti (oggi) troppo spesso come un seduttivo e suggestivo *flatus*, come una sorta di luogo comune e/o di slogan incapace di vincolare i "potenti della Terra" all'adozione di politiche concrete di protezione dell'ambiente, si è trattato comunque di un cambio di passo epocale, consumandosi il quale l'etica è entrata a pieno titolo, e con effetto conformante, nei domini riservati delle discipline e delle politiche ambientali.

Non si perviene ad un diverso ordine di considerazioni se si passa ora (molto sommariamente) in rassegna il principio di precauzione, regola cardine delle politiche internazionali, dell'Unione europea e degli Stati nazionali nel campo della tutela dell'ambiente.

In termini non solo meramente descrittivi, infatti, il principio di precauzione (al quale lo stesso H. Jonas fa, d'altro canto, importanti riferimenti) costituisce il riflesso sensibile del mutato assetto di rapporti fra la scienza e la *techne*, e pertanto della crisi di identità e di affidabilità che la "scienza incerta"²⁵ e i suoi operatori vivono drammaticamente nel mondo contemporaneo. E in quanto regola flessibile (di *flexsecurity*)²⁶, su cui fondare un principio di risposta — oppure una risposta piena e convincente — con cui affrontare i rischi e le emergenze della contemporaneità, esso, ossia il principio di precauzione, appare davvero come il legame che prova

²³ Ancora JONAS, *op. ult. cit.*

²⁴ L'espressione (che ovviamente declina un valore, culturale e politico, del mondo ambientalista più "radicale") è piuttosto in voga anche presso la dottrina tedesca: per tutti HOPPE, *Staatsaufgabe Umweltschutz*, in *Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz*, Berlino-New York, 1980, spec. 310 ss. In senso conforme la nostra migliore dottrina: M.A. SANDULLI, *Tutela dell'ambiente, sviluppo economico e infrastrutture: un difficile ma necessario temperamento*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, 3 ss.

²⁵ Nel senso efficacemente messo in luce da TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, cit.

²⁶ Prendendo, in questo modo, "a prestito" un'espressione tipica e propria del diritto del lavoro e del mondo delle relazioni industriali. Sia consentito rinviare sul punto a R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, in *Riv. giur. ed.*, n. 2/2012.

a tenere insieme i sistemi di *expertise*, la partecipazione dei cittadini e il potere politico ²⁷.

Si giunge, in questo modo, ad un punto di snodo tanto delicato quanto nevralgico, secondo quanto ben avvertono i bioeticisti ²⁸.

Accertato, infatti, che la clausola etica, oppure più semplicemente l'etica, entra ormai prepotentemente nei domini della politiche ambientali, e dunque delle "scelte tragiche" che debbono essere fatte, il "testimone" passa in qualche modo alla politica, alla politica come insieme di scelte e di opzioni sostantive, ed alla politica come quadro di regole procedurali il cui rispetto è in primo luogo preordinato a rendere legittima (e legittimata) la selezione e l'assunzione, secondo il principio di responsabilità, di ogni decisione finale che sia diretta alla messa in campo di politiche di tutela ambientale.

Ritornero, ovviamente, su questo aspetto del discorso, ma si può già ora portare ad evidenza un dato problematico: in che modo, secondo quali regole procedurali e/o sostanziali, la clausola etica si sposa con il sapere esperto dei tecnici (dei tecnici indipendenti, ovviamente!)? E ancora — e soprattutto — la partita può semplicemente giocarsi fra i comitati etici, da un lato, e i tecnici, gli esperti (gli stessi scienziati, talora), dall'altro lato, quasi alla stregua di fondamentali *stakeholder*, portatori di saperi e di interessi capaci sì di relazionare e confrontarsi, ma altresì suscettibili di entrare in conflitto? E quale sarà, in questo gioco incrociato delle competenze e delle responsabilità, il ruolo della Politica? E, di quale politica, di quella tradizionale (del *government* in antitesi alla *governance*) ²⁹ oppure della politica che sposa gli istituti della democrazia deliberativa, e cioè *citoyenne* e, pertanto, di prossimità ³⁰?

²⁷ Ancora, per tutti, TALLACCHINI, *I saperi specialistici tra science advice e soft law: technology assessment ed expertise etica*, cit., lavoro al quale occorre far riferimento anche per l'ampio corredo bibliografico.

²⁸ Ancora TALLACCHINI, *op. ult. cit.*, nonché ID., *Ambiente e diritto della scienza incerta*, cit., cui adde CAPURSO, *Ethics and public policy in Europe* e FUNTOWICZ, *Modelli di scienza e policy in Europa*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., rispettivamente 849 ss. e 533 ss.

²⁹ Sia consentito rinviare, per tale tematica, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2011, spec. 201 ss.

³⁰ La letteratura su tali problematiche (soprattutto di matrice politologica) è davvero sterminata. Di particolare interesse, ALLEGRETTI, *Essenza e futuro della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Le forme della razionalità. Tra realismo e normatività*, Udine, Mimesis, 2009, 511 ss. nonché GEREMEK, *L'Europa e la sfida della democrazia*, *Lecture* Altiero Spinelli, 2007, edito dal Centro studi sul federalismo, Torino, s.d. e PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2010. In chiave di scienza della politica, per tutti, L. BOBBIO, *Le arene deliberative*, in *Riv. it. di politiche pubbliche*, 2002, 5 ss. e BELTRAME-BUCCHI, *Consultazione del pubblico e diritti partecipativi*, in

Coglie certamente nel segno la nostra migliore dottrina ³¹ quando avverte che l'etica, con suoi istituti positivi, intrattiene un legame sicuramente privilegiato con il potere esecutivo, anziché con le assemblee elettive, laddove le procedure di *Technology assessment* interfacciano, di preferenza, con i parlamenti e sono comunque maggiormente capaci di introiettare le regole (e le regolarità materiali) proprie delle "arene deliberative" ³². Da ciò, come è ben noto, anche importanti momenti di tensione tra l'etica, che diviene una "fonte esperta" di *soft law*, e la critica dissacrante delle assemblee elettive (ad esempio, del parlamento europeo) che vedono nella *soft law* medesima, collocata in *the penumbra of law*, una grave alterazione del modello democratico ³³.

Anche su ciò si ritornerà, ma mi sembra già possibile constatare che sarà proprio il principio di precauzione, in quanto regola fondamentale della valutazione tecnica (ossia delle procedure di *Technology assessment*), a giocare, quando solo lo si voglia, il ruolo più forte e conformativo, secondo i principi di proporzionalità e di ragionevolezza, perché idoneo a mettere realisticamente a confronto i diversi portatori di interessi, ossia gli attori, pubblici e privati, delle politiche che si rivolgono all'ambiente.

2. *Segue: etica, ambiente e diritto nella "società del rischio". Le antinomie del mondo "liquido".*

L'etica rileva dunque per l'ambiente, ed anzi una nuova etica sembra essere necessaria, allo scopo di mettere al centro delle politiche, pubbliche e private, destinate alla protezione dell'ambiente le "pretese" e le aspettative oggettive della "madre terra" in uno con i diritti delle future generazioni ³⁴. In questo stesso contesto, anzi, le "nuove" frontiere dell'etica

Ambito e fonti del biodiritto, cit., 889 ss. Va da sé che la democrazia di prossimità trova, e viepiù troverà, nella rete e nel mondo di internet un veicolo importante per giocare un ruolo fondamentale nelle contemporanee "arene deliberative".

³¹ Ancora TALLACCHINI, *I saperi specialistici tra science advice e soft law: technology assessment ed expertise etica*, cit.

³² Per tutti BOBBIO, *op. loc. cit.*

³³ Ancora TALLACCHINI, *op. ult. cit.*, spec. 872 ss ove si ricostruiscono alcuni significativi episodi di tensione e conflitto fra le istituzioni europee (tra Parlamento e Commissione, soprattutto) nel senso che l'uso massiccio (e pertanto l'abuso) della *soft law*, in luogo delle fonti del diritto in senso stretto, farebbe passare, giust'appunto in *the penumbra of law*, scelte e politiche la cui elaborazione viene sottratta al tradizionale gioco democratico. È agevole constatare, sotto questo riguardo, che ci si trova verosimilmente al cospetto di un'importante variante del ricorrente antagonismo che oggi contrappone (e non solo nel contesto dell'Unione europea) il *government* alla *governance*.

³⁴ Nel senso messo pertanto mirabilmente in luce da JONAS, *Il principio responsabilità*, cit.

postulano un dialogo rinnovato e più ravvicinato con il diritto, nel senso che occorre tentare di intercettare, spiegare (e persino decodificare) i passaggi di questo serrato, quanto necessario, rapporto fra etica, nuove tecnologie e mondo della regolazione giuridica.

Se questo è vero, è tuttavia opportuna (e forse addirittura indispensabile) una diversificata e più variata ambientazione della problematica di cui si discute, alla luce delle dottrine contemporanee della “società del rischio” e del mondo liquido, dalle quali non sembra possibile prescindere.

Si tratta, da molti punti di vista, di angoli visuali che si incrociano e si presuppongono finendo coll’incontrarsi e con l’integrarsi sulla stessa direzione di marcia, alla ricerca di una chiave di lettura e di interpretazione delle “conseguenze della modernità” ³⁵.

Le dottrine della “società del rischio” ³⁶, che sono certo più risalenti nel tempo di quanto possa apparire ³⁷, ci consegnano, infatti, l’immagine e la rappresentazione plastica di una società nella quale il rischio, l’incertezza, l’indefinito e l’imprevisto si manifestano alla stregua di costanti sistemiche, come le costanti sistemiche del *Kaos*, di un caos che deve essere tuttavia intercettato e governato dal diritto, anche con strumenti d’eccezione, ossia secondo regole di competenza e di procedura *extra ordinem* ³⁸. E si tratta anche, ovviamente, delle grandi emergenze ambientali, e comunque del rischio immanente di danno alla salute dell’uomo in occasione e in connessione con i cicli produttivi dell’industria contemporanea. Emergenze e rischi, per l’ambiente e la salute dell’uomo, che la Scienza e la *Techne* non riescono a prevedere, o comunque a governare e gestire, anche perché l’ambiente si è progressivamente trasformato da soggetto passivo dell’ag-

³⁵ GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, Bologna, Il Mulino, 1994.

³⁶ Cfr., ovviamente, BECK, in numerosi contributi, fra i quali, *ex multis*, spec. *La società del rischio*, Roma, Carocci, 2000. Teorico della “società liquida” è invece, come è ben noto, BAUMAN, del quale (ancora una volta nel quadro di una produzione vasta e importante) può essere visto, *ex multis*, *La modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

³⁷ Importanti, infatti (addirittura rivelatori) gli studi di FOUCAULT sulla biopolitica e sul rischio sanitario: *ex multis*, *Nascita della biopolitica*, Milano, Giuffrè, 2005 nonché ID., *Sicurezza, territorio, popolazione*, Milano, Giuffrè, 2005. D’altro canto, lo stesso principio di precauzione avrebbe trovato la sua prima applicazione a Londra, nel 1854, in occasione di una terribile epidemia di peste, e pertanto per affrontare un caso di “rischio sanitario”: *Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000*, *European Environment Agency*, ampia, documentata e utilissima pubblicazione reperibile al sito www.eea.eu.int.

³⁸ Ancora BECK, *op. ult. cit.*, nel senso che l’immanenza e l’imprevedibilità del rischio possono determinare, fra l’altro, un’alterazione, anche radicale, dell’ordinario e tradizionale assetto delle competenze, secondo quanto disvela, sul piano del diritto positivo, la possibile attivazione dei poteri atipici e innominati. Sia consentito rinviare sul punto a R. FERRARA, *Emergency and protection of the environment in the “risk society”*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2006, 101 ss.

gressione dell'uomo in feroce aggressore ³⁹, e in quanto tale sembra rivolgere la sua furia cieca e distruttrice nei confronti della *Polis*, della "città artificiale" creata dall'uomo stesso ⁴⁰.

Difficile dire se tale fenomenologia sia anche in qualche modo riconducibile al c.d. modello Gaia ⁴¹, quasi che, nello specifico, le emergenze, i disastri e le catastrofi naturali possano essere apprezzati come una sorta di reazione difensiva della biosfera (della madre terra) al cospetto dell'aggressione dell'uomo, e pertanto come un esempio rilevante della straordinaria capacità autopoietica della Natura ⁴².

Certo è comunque che essa disvela la "vista corta" della scienza e della *Techne*, la sua straordinaria quanto inattesa capacità predittiva e gestionale: il rischio e il pericolo non solo non sono sempre efficacemente e tempestivamente previsti (e spesso perché non possibile mettere in campo una tale abilità previsionale), ma non di rado non vengono neppure opportunamente gestiti, e per una molteplice serie di possibili concause.

E, in ciò, vi è certamente qualcosa di umano, di molto umano, in quanto viene messa a nudo la nostra insuperabile fallibilità, e quasi la totale artificialità della *Polis*, di questa straordinaria quanto provvisoria entità creata dall'uomo ⁴³ al cospetto della meraviglia inarrivabile del Creato, della nostra madre terra.

Ma ci viene egualmente, e drammaticamente, rappresentata l'immagine opaca della "scienza incerta" ⁴⁴, di una scienza, e della tecnologia che in qualche modo ne costituisce il "braccio armato", che rischia di brancolare troppo spesso nel buio, e dalla quale, tuttavia, si attendono, spesso illusoriamente, risposte certe, affidabili e, persino, stabili e definitive.

Il "contratto tra scienza e società" sembra presentarsi, in altre parole, in termini fortemente relativizzati: non siamo più verosimilmente dinnanzi alla scienza che, con serena sicurezza, *speaks truth to power* ⁴⁵. Soprattutto,

³⁹ Così, per tutti, GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss.

⁴⁰ Nel senso efficacemente descritto da JONAS, *op. ult. cit.*, *passim*.

⁴¹ LOVELOCK, *Gaia. Nuove idee sull'ecologia*, Torino, Bollati Boringhieri, 1981, *passim* (ma cfr. anche CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., 40 e alla nota n. 65) in merito alla (nonostante tutto!) straordinaria capacità di resistenza e di reazione della Madre Terra, persino al cospetto dei peggiori disastri e "crimini ambientali" perpetrati dall'uomo nel corso dei millenni.

⁴² Ancora LOVELOCK, *op. cit.* nonché HOLLAND, *Hidden order: how adaptation builds complexity*, Cambridge, Massachusetts, Perseus Books, Paperbacks, 1996 nonché CAFAGNO, *op. cit.*, 30 ss. e *passim*.

⁴³ Ancora JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., *passim*.

⁴⁴ TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, cit., *passim*.

⁴⁵ Tale concetto, con cui si esprime un incondizionato atto di fede nei confronti della "missione" civilizzatrice della Scienza (con l'iniziale maiuscola!) è così formulato da WILDAVSKY, *Speaking truth to*

è difficile immaginare come proprio della scienza il fatto di potersi e sapersi radicare, del tutto virtuosamente, su una *endless frontier* ⁴⁶, ossia su un terreno, non solo virtuale, ma solido e concreto, nel quale il progresso scientifico non incontri particolari limitazioni, essendo invece una costante dell'evoluzione e della Storia dell'uomo.

La "società del rischio" mette invece a nudo la fallibilità, la provvisorietà e la relatività del sapere scientifico, sicché se identici sono i codici fondativi di scienza e democrazia, il problema sarà allora quello di "rimettere la scienza al posto giusto" ⁴⁷. E la scienza dovrà essere "rimessa a posto" ovviamente nel quadro della "società del rischio" e del mondo liquido che della prima costituisce un importante riflesso, quasi di ordine esistenziale.

E, infatti, la liquidità (e dunque la friabilità e la consustanziale "leggerezza") del mondo contemporaneo intercetta ancor meglio la crisi identitaria — e di legittimazione — della scienza. I concetti e i principi solidi erano forieri di verità e di certezze, ovviamente non assolute, ma comunque sufficientemente stabili ed affidabili nel tempo e nello spazio. Impercettibilmente quanto inesorabilmente tale certezza, pur non assoluta, evapora, diviene viepiù recessiva, assumendo la sostanza di un pensiero debole.

Importanti esempi, a tutti gli effetti paradigmatici, della liquidità (anche) dei sistemi giuridici sono proprio la *soft law* e il principio di precauzione, ai quali ho già fatto cenno.

Il carattere non vincolante in assoluto di una certa norma ne costituisce, infatti, la debolezza ma anche la forza, soprattutto — verrebbe da constatare — allorché sia l'etica a divenire la fonte esperta della *soft law* ⁴⁸.

Un modello di regolazione che si collochi infatti *in the penumbra of law* sembra poter essere più elastico e flessibile, e quindi maggiormente capace di autoriformarsi o, comunque, di suggerire semplici e indicative *guidelines* a tutti coloro che ne sono i naturali destinatari, dai soggetti istituzionali del sistema multilivello ad ogni altro *stakeholder*. Sicché, se è ben vero, che ciò può risolversi in un ulteriore momento di dequotazione della funzione di

power, Boston, Little Brown, and co., 1979, cit. da TALLACCHINI, *Politiche della scienza contemporanea: le origini*, cit., 55, alla nota n. 6.

⁴⁶ Così BUSH, *The endless frontier. A report to the President on a program for postwar scientific research*, luglio, 1945, cit. da TALLACCHINI, in *Politiche della scienza contemporanea: le origini*, cit., 63, nota n. 31.

⁴⁷ Così, efficacemente, il Presidente Barak Obama nel suo discorso inaugurale del 21 gennaio 2009: "We'll restore science to its rightful place...", al sito www.whitehouse.gov/blog/inaugural-address/.

⁴⁸ Ancora TALLACCHINI, *I saperi specialistici tra science advice e soft law: technology assessment ed expertise etica*, cit.

government delle assemblee elettive (con eventuale vantaggio della *governance* complessiva del sistema e dei sottosistemi nei quali si scompone), è tuttavia del pari evidente che la *soft law* in quanto tale ha proprio la missione d'essere leggera e non vincolante in quanto o essa prepara nuove e future discipline a carattere cogente, delle quali rappresenta il momento preparatorio e introduttivo, oppure costituisce l'unico modello sperimentabile, *rebus sic stantibus*, di regolazione pattizia attorno al quale si realizza il massimo di consenso possibile di tutti gli *stakeholder* interessati. E pertanto sembra trattarsi, quasi per implicito, di un (importante) riflesso della liquidità della società e dei sistemi contemporanei, in vista (fra l'altro) anche di una più efficace ed efficiente gestione del rischio, nel senso e per le finalità appena viste.

Il principio di precauzione, poi, comunque lo voglia considerare — ed anche a prescindere dai casi piuttosto variegati (e con esiti variati) nei quali è stato concretamente utilizzato, soprattutto ad opera della Unione europea — si prefigge di coniugare insieme due valori, due qualità che parrebbero essere antagonisti ma che ne rappresentano, invece, la caratteristica innovativa, e dunque la forza: la capacità di mettere in campo strategie strutturate di controllo e gestione rischio ⁴⁹, in vista di un risultato di messa in sicurezza del rischio medesimo secondo criteri e valutazioni condotte all'insegna della massima flessibilità. Ossia, alla stregua di un principio pratico-teorico di *flexsecurity* — di flessibilità e di sicurezza — la “filosofia pratica” della precauzione sembra essere in grado di poter interpretare le logiche e le dinamiche della scienza e delle tecnologie nel mondo contemporaneo, logiche e dinamiche che sono quelle tipiche e proprie della “scienza incerta” ⁵⁰, come si è già accennato, e per gestire e governare le quali paiono preferibili “codici normativi” e regole costruttive non assolute e statiche, ma piuttosto delle *sunset rules* ⁵¹, e cioè norme desinate a

⁴⁹ Sia consentito rinviare a R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la “precauzione inutile”?*, cit., cui adde ID., *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 1945 ss.

In merito al principio di precauzione, mi corre altresì l'obbligo di ringraziare la dr.ssa Irene De Chiaro che ha discusso con me alla LUISS — facoltà di giurisprudenza — nell'anno accademico 2009-2010 una tesi da titolo “Ambiente, salute e principio di precauzione”, lavoro da me attentamente studiato e considerato, in quanto pregevolissimo sia per i contenuti che per la massa di utili informazioni che mette a disposizione.

⁵⁰ TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, cit.

⁵¹ Cfr., per tutti, RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in COMANDÈ-PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2004, 397 ss.

decadere e/o ad essere riformate, per così dire ad una certa data fissa, quasi si trattasse di norme ad obsolescenza programmata.

3. Ambiente ed etica: le risposte del diritto.

Le dottrine del mondo liquido, della “società del rischio” e della moderna bioetica ci rappresentano un quadro scomposto, in perenne, caotico movimento, e tuttavia caratterizzato da un costante fattore di identificazione, quasi alla stregua di un punto solido di non ritorno: il problema etico è intimamente integrato e implicato con quello ambientale, nel senso non è in alcun modo immaginabile una politica dell’ambiente (e per l’ambiente) che possa oggi prescindere da obiettivi e finalità di tutela intergenerazionale e/o transgenerazionale, ossia di futuro sostenibile (*Zukunftsvorsorge*)⁵². Naturalmente, si tratterà di valutare e selezionare, fra le opzioni possibili, quelle realisticamente di maggior impatto pratico-utilitaristico⁵³ oppure quelle maggiormente appaganti sul piano ideale e culturale (dai modelli di *deep ecology* a quelli eventuali di *shallow ecology*, ecc.)⁵⁴, ma certo è comunque che il profilo etico costituisce ormai, a tutti gli effetti, un elemento di costante e fondamentale rappresentazione delle problematiche ambientali, un vero e proprio cuneo che si innesta nel corpo vivente delle tante questioni ancora aperte.

Una buona domanda, a questo punto del discorso, è certamente la seguente: ma quale ruolo gioca il diritto nella partita, nuova e complicata, che si svolge fra etica e ambiente, e anzi, soprattutto, fra le ragioni dell’economia e quelle dell’ecologia?

Mi permetto, a questo punto, di precisare da subito un punto di vista personale che, in qualche modo, orienta (e condiziona) il percorso di questo lavoro e di cui sarà possibile cogliere ogni ulteriore implicazione nelle pagine che seguono: il diritto costituisce il più rilevante profilo pratico e applicativo di un’etica della necessità che impone di mettere l’ambiente e la sua tutela al centro di ogni politica pubblica deliberatamente volta alla realizzazione del Bene comune. Un’etica della necessità che sicuramente

⁵² Ancora, sul piano dei principi più generali, JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., *passim*. Dal punto di vista giuridico (ma non solo!), FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., *passim*; HOPPE, *op. loc. cit.* e M.A. SANDULLI, *op. loc. cit.*

⁵³ Nel senso, pertanto, messo in luce, fra gli altri, da L. BENVENUTI, *op. loc. cit.*

⁵⁴ Su ciò nuovamente FRACCHIA, *op. ult. cit.* nonché già, *ex multis*, POLI, TIMMERMAN, *L’etica ambientale: teoria, politica, pratica*, in *L’etica nelle politiche ambientali*, cit., 17 ss. nonché SCIMENI, *L’etica nelle politiche ambientali: una prospettiva internazionale*, *ivi*, 39 ss.

ha il suo presupposto nell'etica della responsabilità che i filosofi e i bioeticisti ci hanno mirabilmente rappresentato e che finisce col trovare il suo sviluppo e coronamento in una filosofia pratico-applicativa che si esprime con la (necessaria e doverosa) ricerca di quegli obiettivi e di quelle criticità concreti e reali ai quali occorre fornire risposte altrettanto concrete e reali.

E queste risposte è naturalmente il mondo del diritto a poterle elaborare e proporre, secondo necessità, con scienza e competenza (pur limitate e imperfette), e con risultati che debbono riuscire appaganti, in primo luogo, sul piano pratico.

E infatti, quasi a conferma di ciò, è stato efficacemente osservato⁵⁵ che ecologia ed economia hanno, già sul piano semantico, la stessa radice e che, pertanto, sono chiamate a dialogare onde trovare un comune terreno di confronto, in vista di possibili soluzioni, anche a carattere compromissorio.

In siffatto modo di ragionare vi sono sicuramente importanti “semi di verità”, e anzi parrebbe anche possibile supporre che sia l'etica a giocare, nel contesto di tali operazioni di bilanciamento, ponderazione e mediazione tra i valori dell'ecologia e dell'economia, il ruolo di “diavolo loico”, ossia di spia sensibile dei conflitti e delle antinomie presenti sul terreno. Soprattutto, se si considera, come ho già accennato, che è l'etica (con i suoi presupposti teorici e con i suoi conseguenti risvolti pratico-operativi) a misurarsi con la scienza e con la deriva tecnologica e tecnocratica che costituiscono, a tutti gli effetti, il volano di ogni più rilevante evoluzione dei sistemi economici contemporanei.

E, ritornando alla domanda appena fatta, quale ruolo gioca il diritto — e il diritto in ogni sua espressione e variante, oltre il sistema formale/convenzionale delle sue fonti tradizionali — il diritto in quanto formante generale cui è affidato il compito di disciplinare i fatti e gli eventi rilevanti in un determinato contesto sociale, nella partita delicata fra etica e ambiente, e cioè, per meglio dire, fra economia, ecologia e *Techne*?

Se si preferisce, i dati problematici appena esposti (e cioè le domande in attesa di risposta) possono essere così ridispiegati. Se, infatti, l'etica del mondo contemporaneo deve realizzare quel mirabile risultato per cui il “presente” deve essere capace di rappresentare il “futuro”⁵⁶, in quanto riesce a prevederlo e a farsene carico, in che modo, e in quale misura, il diritto potrà disvelare una sufficiente capacità predittiva allo scopo di mettere in campo un apprezzabile *corpus* di regole e di principi positiva-

⁵⁵ Così, finemente, già HOPPE, *op. loc. cit.*, alle cui argomentazioni e riflessioni si rinvia.

⁵⁶ Il riferimento è, naturalmente, a JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., *passim*, ma spec. 49 ss.

mente conformati da una certa “visione del mondo”, ossia da quell’etica della necessità che sembra essere tipica e propria della contemporanea “società del rischio”?

Il che vuol dire, in altre parole, che se qualcuno ⁵⁷ aveva auspicato, nel recente passato, che il codice penale fosse scritto a fumetti, onde renderlo chiaro e intellegibile davvero a tutti, ci si potrà (molto più modestamente) accontentare, nel contesto del discorso che si va facendo, di verificare se e come i principi e le regole (la semantica e la grammatica) di quell’etica della necessità alla quale ho fatto riferimento siano coerentemente “emigrati” nel mondo del diritto, ossia nello statuto disciplinare dei grandi corpi normativi grazie ai quali si dà forma e sostanza alle politiche pubbliche di tutela ambientale.

E qui, raccogliendo le suggestioni e le intuizioni di un’autorevole dottrina ⁵⁸, sembra profilarsi una situazione in qualche modo persino paradossale: la crisi identitaria della scienza e della stessa *Technè* disvela un certa incapacità predittiva e definitoria della scienza medesima, e cioè la ricorrente difficoltà del pensiero scientifico di autorappresentarsi in modo organizzato e stabilizzato, ossia come pensiero “normativo”, nel senso che sarà il “diritto della scienza incerta” a dover cercare di dissipare dubbi e incertezze intervenendo, selettivamente quanto “chirurgicamente”, in tutti, o quasi, i c.d. temi eticamente sensibili.

La tradizionale affermazione per cui la scienza *speaks truth to power* sembra essere, infatti, irrimediabilmente datata, e in qualche modo persino ingiustificata e apodittica. La scienza si dibatte infatti nelle sue insanabili contraddizioni, postula il perenne superamento di se stessa e non riesce a fornire, sempre e comunque, le necessarie risposte ai quesiti pratico/teorici che le esigenze del quotidiano pongono alla c.d. comunità scientifica e, in ultima istanza, al legislatore. Il passaggio — graduale, impercettibile, ma costante — dal mondo c.d. solido, con le sue verità in qualche modo assolute (o supposte come tali) ai contemporanei modelli caotici, connotati dalla fluidità, dalla liquidità (e dunque dalla relatività e dalla friabile provvisorietà) dei concetti e dei principi del “buon tempo antico”, rende invero sempre più difficile e problematica la formulazione di “spiegazioni nel dettaglio”, oltre la soglia di quelle spiegazioni meramente capaci di

⁵⁷ Carnelutti, in riferimento al codice penale, almeno secondo la vulgata che circola nelle facoltà giuridiche, senza che mi sia stato comunque possibile reperire una fonte scritta alla quale rinviare.

⁵⁸ TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, cit.

descrizioni “nel principio”⁵⁹, risultando compromessa, in questo modo, la funzione maieutica ed euristica del pensiero scientifico.

Il suddetto passaggio, con il quale si marchia a fuoco la trasformazione della società, in quanto vengono riscritte la grammatica e la sintassi del metodo scientifico, è sicuramente il segno tangibile della relativizzazione del sapere (del sapere e delle abilità della scienza la quale, certo non casualmente, diviene recessiva rispetto alla tecnologia in senso stretto), del suo materializzarsi e rappresentarsi come una serie aperta di congetture⁶⁰, di congetture e di proposizioni “normative”, anche parziali e provvisorie ma comunque volte a fornire una qualche risposta alle domande che la società tecnologica determina e, in ultima analisi, pone.

Sembra del tutto palese, sotto questo riguardo, che in non poche ipotesi la scienza riveli una cronica “timidezza” (*rectius*, una ricorrente difficoltà) proprio nell'inquadrare e definire, secondo stabili ed affidabili principi costruttivi, i concetti scientifici, e segnatamente quei concetti scientifici, spesso di nuovo conio, che si riferiscono ai temi eticamente sensibili. Concetti scientifici che si rivelano, davvero paradossalmente, alla stregua di *unbestimmte Begriffe* (ossia concetti indeterminati)⁶¹, per determinare e completare i quali viene evocata (e invocata) la funzione ordinatrice e maieutica del diritto.

Il tanto celebrato diritto alla salute — e anzi la nozione stessa di salute — è forse in qualche modo descritto e costruito, pur approssimativamente, con sufficiente determinazione scientifica, dalle discipline mediche, ivi comprese le neuroscienze? Francamente non mi sembra, nel senso che sono la dottrina e la giurisprudenza ad averne scolpito i contorni fino a precisarne con apprezzabile dettaglio i caratteri salienti⁶². E via di seguito, a quel che è dato di arguire, soprattutto nel campo dei temi eticamente sensibili: dalla procreazione medicalmente assistita alle dichiarazioni di fine vita fino all'eutanasia, ecc.⁶³.

⁵⁹ Nel senso messo efficacemente in luce, fra gli altri, da VON HAEYK, *Metodologia ed epistemologia delle scienze sociali: individualismo metodologico e critica dello scientismo*, in *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, Il Mulino, 1988, 97 ss.

⁶⁰ Secondo quanto ci insegna, ovviamente, POPPER, del quale si veda, fra i molti fondamentali contributi, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

⁶¹ Nel senso messo in luce dalla dottrina tedesca e, segnatamente, già da VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Lipsia, 1910. Nel quadro della dottrina italiana, per tutti, COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1993.

⁶² Sia consentito rinviare sul punto a R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Salute e sanità*, cit., 3 ss.

⁶³ Tali problematiche costituiscono il *focus* del *Trattato di biodiritto*, ai cui volumi si è fatto spesso riferimento. A questo riguardo, nell'ambito di tale opera complessiva, cfr. soprattutto *Il governo del*

D'altro canto, quando pure ci si voglia limitare alle categorie costruttive e ai concetti più rilevanti dal punto di vista del diritto dell'ambiente, il senso profondo del discorso non pare cambiare. Esistono forse definizioni di danno ambientale altre, e diverse, da quelle apprestate dal diritto e dai suoi operatori, pur essendo già, queste stesse, largamente parziali ed imprecise? Ancora una volta, non sembra, a quel che è dato di constatare.

E, se si passa ai concetti per così dire minuti e specialistici che si riferiscono ai singoli settori e comparti disciplinari del diritto ambientale, il discorso più che essere diverso si complica notevolmente. E si complica per un fondamentale motivo: la definizione degli standard, delle soglie e, in genere, di tutti quei valori che sono volti intercettare e definire, prevalentemente sul piano quantitativo, la quantità e la qualità dei rischi per l'ambiente e per la salute dell'uomo che possono essere accettati e gestiti (in quanto ritenuti sostenibili) passa attraverso i processi di valutazione e di decisione di quel "sistema esperto" del quale viene in qualche occasione (non casualmente e non infrequentemente) revocata in dubbio la reale indipendenza ⁶⁴.

A ciò si aggiunga che l'attività di *expertise* si esercita, molto spesso, sul terreno più strettamente quantitativo, in quanto di tratta intercettare le soglie del rischio (delle polveri sottili, dei gas serra, dell'inquinamento acustico piuttosto che delle acque, ecc.) allo scopo di elaborare valori-limite, valori-guida, di qualità, ecc., e che, ad ogni buon conto, anche in questo caso la più completa ed esaustiva definizione "normativa" dei valori così individuati e quantificati viene effettuata dal diritto e dai suoi operatori.

Appare, in altre parole, a tutti gli effetti confermata la funzione maieutica e ordinatrice del diritto, tanto più marcata e risolutiva quanto più la scienza (e la tecnologia) disveli il suo "lato debole", secondo una tipologia variabile, differenziata e comunque complessa di relazioni formali e/o fattuali: dall'ibridazione reciproca fra scienza e diritto (e di vera e propria *cross fertilisation* si tratterà, mutevole per intensità e livelli di osmosi) fino ad un relativo ruolo di supplenza (parziale oppure totale) giocato dal diritto al cospetto dei dubbi e delle incertezze del sapere scientifico.

corpo, in due tomi, Milano, Giuffrè, 2011 e *ivi* (tomo I, 99 ss.) spec. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*.

⁶⁴ Ancora, per tutti, TALLACCHINI, *I saperi specialistici tra science advice e soft law: technology assessment ed expertise etica*, cit., con ampi riferimenti bibliografici.

4. *Segue: etica e diritto. I caratteri della regolazione giuridica tra forma e sostanza.*

La funzione ordinatrice del diritto appare pertanto del tutto evidente, e così il suo materializzarsi quasi come intervento sussidiario, in vece della Scienza della quale risulta enfatizzata la vocazione “riflessiva” e perplessa, nel contesto della contemporanea “società del rischio” (e della conseguente liquidità che ne costituisce presupposto e conseguenza).

Se così è, nel senso che il “diritto della scienza incerta” batte in breccia l’assioma più volta ricordato per cui la scienza *speaks truth to power*, essendo invece il diritto stesso a cercare di tradurre in proposizioni normative spendibili in termini di effettività quell’etica della necessità che sembra oggi muovere il mondo, occorre tuttavia constatare quanto segue: con ciò si è semplicemente impostato un passaggio del discorso del quale debbono essere precisate le imprescindibili linee di sviluppo.

E, cioè, per formulare una prima domanda, ma quest’etica della necessità, la quale si manifesta, in realtà, come un’etica della modernità (e delle sue conseguenze)⁶⁵, nel momento in cui si trovi ad avere una qualche traduzione sul piano del diritto avrà una dimensione squisitamente (o prevalentemente) procedurale oppure sarà suscettibile di veicolare contenuti autenticamente sostantivi, veri e propri punti di non ritorno in quanto espressivi di valori in qualche modo assoluti e/o assolutizzabili?

Non voglio certo riproporre, in questa chiave, l’antico (e mai risolto) dilemma tra forma e sostanza, e pertanto tra concezioni procedurali e sostantive le quali, a cominciare già dallo stesso principio democratico, vedono schierati su fronti contrapposti pattuglie e drappelli di giuristi (e non solo) “l’un contro l’altro armati”⁶⁶. Mi preme semplicemente rammentare che un conto è verificare e misurare gli impatti che tale etica della necessità determina sull’organizzazione dei procedimenti volti a porre in essere atti ed attività concrete di protezione dell’ambiente e della salute dell’uomo nell’ambiente, e a tutt’altro risultato si può eventualmente pervenire quando si voglia constatare se, e come, le normative di riferimento abbiano davvero introiettato principi e regole di quella stessa etica della

⁶⁵ Ancora JONAS, *Il principio responsabilità*, cit.

⁶⁶ E mi limito ad una sola citazione (di un non giurista, in senso stretto, per giunta), al semplice scopo di proporre una testo di raffinatissima sintesi, capace tuttavia di rappresentare gli angoli critici del problema: N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1974. Si vedano egualmente i contributi riportati *supra*, alla nota n. 30.

necessità (e della modernità) dalla quale parrebbe comunque necessario prendere le mosse.

Non si dice certo con ciò nulla di nuovo, in quanto l'antagonismo concettuale (e valoriale) fra le diverse dottrine della democrazia, in uno con le importanti tracce che di tale antinomie e antagonismi si rinvencono nelle dottrine del diritto pubblico (e nella stessa giurisprudenza)⁶⁷, disvelano a tutto tondo che si tratta pur sempre di un conflitto latente, fra coloro che tessono l'elogio della "forma presa sul serio" e coloro che vedono invece nella straordinaria capacità del diritto di raggiungere comunque un risultato apprezzabile sul piano sostantivo il segno ineffabile della sua "mitezza"⁶⁸.

Ed è proprio prendendo come esempio il principio di precauzione, senz'alcun dubbio la regola teorico/pratica di maggior peso (e fascino suggestivo) del diritto dell'ambiente, in ogni spazio e nicchia del sistema multilivello, che si può avere sicura conferma di quanto fin qui detto. Il principio in questione può essere infatti inquadrato, in massima parte, alla stregua di un (rilevantissimo) onere/obbligo di presa in esame degli interessi ambientali coinvolti, e cioè in quanto clausola e/o onere del procedere che trova nei procedimenti amministrativi di valutazione, gestione e comunicazione del rischio il proprio naturale terreno positivo di giuridica considerazione. La conclusione può forse apparire amara e riduttiva (ma in realtà così non è, a mio avviso)⁶⁹, ma certo è comunque che, secondo la particolare lettura che del principio medesimo viene prospettata da un'autorevole dottrina⁷⁰, la precauzione in senso proprio finisce col configurarsi alla stregua di un rilevantissimo onere procedimentale, in quanto è nel procedimento amministrativo che il rischio può (e deve) essere intercettato, valutato e gestito secondo ragionevolezza e proporzionalità.

Se invece da questa costruzione formal/procedimentale della regola

⁶⁷ Cfr. infatti, in questa direzione, l'importante decisione di Corte cost. 28 giugno 2004, n. 196, in www.giurcost.org, in merito al condono edilizio del 2003, secondo cui sarebbe sufficiente la considerazione in quanto tale (la mera considerazione, verrebbe da precisare) del valore primario della protezione del paesaggio nell'ambito del procedimento amministrativo, quasi a prescindere dall'effetto di tutela sostanziale che al suddetto valore venga nel concreto assicurata.

⁶⁸ Per tutti, ovviamente, ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

⁶⁹ Secondo quanto dimostra il semplice (ma risolutivo) fatto che il principio di precauzione è tracciato per ogni dove, in tutti i più rilevanti settori sensibili, dalla sanità pubblica alla sicurezza alimentare, ecc. Si veda esaustivamente in questo senso anche la giurisprudenza, fra cui, recentemente, T.A.R. Lazio, sez. II-bis, 20 gennaio 2012, n. 663, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, 162, ove si afferma infatti che "... il principio di precauzione è un principio generale ormai codificato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale...", in vista della prevenzione dei rischi anche soltanto potenziali e per agevolare comunque una tutela anticipata.

⁷⁰ MARINO, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Ed. scientifica, 2011, vol. III, 2177 ss.

precauzionale, si passa a meglio scandagliarne i profili sostanziali, allora essa può diventare un elemento sostantivo a carattere sistemico di conformazione della scienza, e soprattutto della tecnologia e dei suoi prodotti, in vista dell'ottimizzazione delle scelte e delle soluzioni positive volte a meglio proteggere l'ambiente, e l'uomo nell'ambiente, secondo criteri e valori di efficacia e di efficienza.

E, infatti, sia che si consideri il principio 15 della Dichiarazione di Rio, ove la regola precauzionale è forse affermata e codificata con particolare rigore, sia che ci si rivolga invece alla ben nota Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione medesimo ⁷¹, nella quale, a ben vedere, i profili procedimentali e sostanziali dell'istituto sono amalgamati ed assemblati in un *quid unicum*, ciò che appare sicuramente importante è il tentativo (non infruttuoso) di definire la regola precauzionale secondo caratteri di autentica sostanza giuridica. La precauzione origina direttamente dal substrato culturale più profondo della "società del rischio", ne rappresenta il riflesso sensibile di più immediata percezione e, in quanto tale, si compone di molteplici elementi costitutivi che ne mettono a nudo i profili sostantivi di maggior rilievo perché capaci di evidenziarne tanto la forza implicita quanto la debolezza strutturale (analisi costi/benefici; proporzionalità, ecc.) ⁷².

In questo senso, la messa a punto che del principio di precauzione è stata sin qui fatta sia ad opera del diritto internazionale che di quello dell'Unione europea, in uno con la dottrina e la giurisprudenza (soprattutto di Corte di giustizia UE) ⁷³, costituisce un interessante *focus point* su cui continuare a riflettere. Il principio in questione non può infatti non essere apprezzato (anche) come una fondamentale regola del procedere, ossia come un' obbligazione di considerazione procedimentale di tutti gli interessi coinvolti nelle politiche pubbliche dirette alla protezione dell'ambiente (e/o alla tutela della salute dell'uomo: sicurezza alimentare, farmaci, ecc.).

⁷¹ Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000, reperibile oltre che ai siti dell'Unione europea anche in *Dir. e gestione dell'ambiente*, fasc. n. 2/2001, 135 ss., in uno con altri materiali.

⁷² Per tale analisi si rinvia alla cit. Comunicazione della Commissione europea (*supra*, alla nota immediatamente precedente).

⁷³ È già possibile leggere le più rilevanti pronunzie di Corte di giustizia dell'Unione europea in merito al principio di precauzione nel testo della cit. Comunicazione della Commissione europea. A ciò si aggiungano le decisioni passate in rassegna da MARINO, *op. cit.* Si consideri, ad ogni buon conto, l'importante sentenza *Greenpeace*, ossia Corte di giustizia 21 marzo 2000, C-6/99, in tema di organismi geneticamente modificati, in *Foro it.*, 2000, IV, 29, con nota di GRATANI, *La tutela della salute e il rispetto del principio precauzionale a livello comunitario. Quando le autorità nazionali possono impedire la circolazione di OGM all'interno del proprio territorio.*

E, proprio in quanto regola del procedere, la precauzione manifesta un forte ancoraggio delle politiche ambientali al principio di legalità e, conseguentemente, ai suoi corollari quale è, soprattutto, il principio del giusto procedimento. Il richiamo forte al principio di proporzionalità — che della precauzione è importante fattore costitutivo — è troppo importante per essere sottovalutato, anche perché la proporzionalità in senso proprio ⁷⁴ si manifesta sia come regola dell'agire procedimentale (in uno con la ragionevolezza), sia come attributo e valore rilevanti sul piano sostanziale, in quanto implicato con la sostanza profonda del potere discrezionale ⁷⁵.

Se questo è vero, è comunque del pari evidente che il principio di precauzione va ben oltre il (pur fondamentale) ruolo di regola del procedere, essendo chiamato a interfacciare, per così dire, con la scienza, e con la scienza come sapere incerto e perplesso. “Se la scienza potesse fallire un topolino potrebbe muovere una montagna”: così un poeta americano. E il principio di precauzione ci ricorda che il topolino ha mosso intere catene montuose, che se non è talora vero che *science speaks truth to power*, è comunque altamente probabile che una determinata acquisizione scientifica (e ancor più i prodotti e le “invenzioni” della tecnologia) siano destinati ad una rapida obsolescenza e, innanzitutto, che le nuove “scoperte”, le nuove “invenzioni” richiedano un certo lasso di tempo per essere testate in modo convincente e soddisfacente. Convincente e soddisfacente, e non pieno e definitivo, mi permetto di ribadire, in quanto l'incertezza scientifica, fino al limite del “rischio da ignoto tecnologico” ⁷⁶, occupa ormai pervasivamente i domini sensibili del sapere scientifico e della *Techne*, trasformando il Sapere stesso nella mera, provvisoria elaborazione di congetture che è d'uopo sottoporre alle necessarie operazioni di verifica/falsificazione ⁷⁷.

È sotto questo riguardo che il principio di precauzione sembra poter giocare un ruolo utile, e anzi addirittura strategico, perché idoneo a mettere in sicurezza la cura e la tutela di fondamentali interessi di vita e di conservazione attiva dell'ambiente, introducendo dei punti fermi e di non ritorno nelle discipline e nelle politiche concrete a ciò destinate. Il principio

⁷⁴ Sul tema, per tutti, COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, Giappichelli, 2011, *passim*.

⁷⁵ Ancora COGNETTI, *op. ult. cit.* Sia anche consentito il rinvio a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., *passim*, ma spec. 189 ss.

⁷⁶ Secondo quanto ci segnalano le dottrine della “società del rischio” (BECK, *op. cit.*, *passim*). Dal punto di vista del diritto, per tutti: GRASSI, *Prime osservazioni sul “principio di precauzione” come norma di diritto positivo*, in *Dir. e gestione dell'ambiente*, 2001, 37 ss.; BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2004; DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1075 ss.

⁷⁷ Per tutti, naturalmente, POPPER, in molti contributi e, segnatamente, ne *La società aperta e i suoi nemici*, cit.

consente inoltre periodici aggiornamenti e revisioni delle forme materiali e pratiche di siffatte politiche, soprattutto quando sia evidente l'effetto utile di una più elevata protezione dell'ambiente pur in mancanza della piena e risolutiva prova scientifica di una nuova tecnologia che si voglia immettere sul mercato ⁷⁸. E, cioè, in quanto strumento di *flexsecurity*, il principio di precauzione contribuisce a riempire di contenuti materiali e sostantivi le politiche positive di tutela dell'ambiente, contenuti (e valori) materiali e sostantivi dei quali i procedimenti amministrativi nei diversi settori ambientali debbono necessariamente farsi carico, oltre la soglia (formale ma non rinunciabile) del giusto procedimento e del suo corollario più rilevante costituito dalla regola del contraddittorio.

Se questo è vero, il successivo quanto ovvio sviluppo del discorso spinge ad interrogarsi su come i principi di questa “nuova” etica, ossia dell'etica della necessità (e quasi della sopravvivenza!), siano capaci di filtrare oltre il pur fondamentale discorso bioeticista, e pertanto di insediarsi nel contesto del diritto vivente onde orientarne, in qualche misura, le linee evolutive e per eventualmente costituirne il nucleo più sensibile e indelebile. E questo quasi secondo i principi e le regole materiali di una “filosofia pratica” per l'ambiente ⁷⁹, oltre la contrapposizione in qualche modo sterile tra una visione del mondo accreditabile come *deep ecology* e un'altra diversamente denominata come *shallow ecology* ⁸⁰.

5. Il principio del diritto e quelli dell'etica: fra integrazione e separazione.

Il riferimento or ora fatto ad una sorta di “filosofia” pratica la quale costituirebbe, a mio avviso, un sorta di grimaldello utile con cui penetrare nel mondo dell'etica applicata all'ambiente, non vuole certamente impostare il problema in termini eccessivamente rigidi ed assoluti.

E tuttavia, rappresenta la spia di un punto di vista al quale non riesco a sottrarmi, di un punto di vista forse “cinico” e pessimista (o semplicemente realistico, francamente) che porta a pensare che ogni miglior politica

⁷⁸ Si veda la cit. Comunicazione della Commissione europea del 2 febbraio 2000 e, significativamente, MANFREDI, *op. loc. cit.*

⁷⁹ L. BENVENUTI, *op. loc. cit.*, al quale si rinvia.

⁸⁰ Coglie infatti nel segno JONAS, *Il principio responsabilità, passim*, quando avverte circa la necessità di una nuova etica, di un'etica della “sopravvivenza”. È in questo stesso senso, a ben vedere, che faccio riferimento, nel corso del lavoro, ad un'etica della “necessità”: della necessità, in funzione, in primo luogo, della sopravvivenza del genere umano sulla Madre Terra e — *ça va sans dire* — della Madre Terra in quanto tale.

di protezione dell'ambiente deve risolversi (anche) in una serie di ricadute e conseguenze apprezzabili sul piano economico, ossia nella produzione di profitti che possono essere conseguiti da particolari *stakeholder* e, al limite, da un'intera collettività organizzata.

Non intendo certo contrapporre i meccanismi e le regole del mercato a quelli tipici e propri del controllo amministrativo e — ancor meno — comparare e bilanciare l'etica dei mercati con quella dei decisori collettivi pubblici o di altri *stakeholder* portatori di interessi superindividuali ⁸¹.

Mi interessa soltanto precisare, sul piano del principio, che anche l'etica della necessità applicata all'ambiente deve (purtroppo!) fare i conti con logiche distorsive (perverse e perversitrici, se si vuole), e tuttavia ben presenti (e non semplicemente sotto traccia) nelle normative dedicate all'ambiente, a cominciare dai "sacri testi" del diritto originario dell'Unione europea.

Un esempio per tutti, nitido e importante.

L'art. 192 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (già art. 175 TCE, norma pressoché interamente riprodotta dal citato articolo del TFUE) afferma, fra l'altro, al secondo paragrafo, che a seguito di un procedura aggravata che coinvolge tutti i principali soggetti dell'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità, adotta: a) "disposizioni aventi principalmente natura fiscale"... nonché c) "misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo".

Si tratta di emblematici momenti di verità, di differente peso qualitativo, sebbene entrambi possano essere evocati a sicura conferma del punto di vista appena esposto.

La possibilità che lo strumento fiscale possa rivelarsi come un fondamentale grimaldello per la messa in campo di efficaci politiche di gestione e di protezione dell'ambiente ci rammenta, addirittura, le teorie di finanza pubblica relative agli effetti di reddito e, soprattutto di formulazione, delle imposte ⁸². E, infatti, è del tutto evidente, anche a volere soltanto toccare il profilo di più sicuro e manifesto impatto, che facendo leva sulle accise, sulle imposte di fabbricazione e quant'altro (e comunque facendo ricorso al vasto *range* delle imposte indirette) si altera, anche sensibilmente, la

⁸¹ Su tale arco di problemi, per tutti, CAFAGNO, *op. cit.*, spec. 327 ss. e già, con notevole finezza argomentativa, SALVIA, *Ambiente, democrazia, scienza e tecnica*, in *Dir. e gestione dell'ambiente*, 2001, 31 ss.

⁸² Sia consentito rinviare sul punto a R. FERRARA, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, cit.

convenienza comparativa delle scelte dei consumatori, orientandone le propensioni all'acquisto.

Il che può naturalmente determinare risultati anche inattesi e non calcolabili *ex ante*, con possibili ricadute negative sull'ambiente e sulla salute umana, secondo quanto si evince da alcuni dolorosi fatti del nostro recente passato: dallo scandalo del c.d. vino al metanolo fino alle tragiche vicende dell'olio di colza ⁸³.

Se questo è vero, nel senso che non è sempre agevole prevedere ogni conseguenza delle politiche fiscali (e, più in generale, di mercato) sul terreno pratico della tutela dell'ambiente, non può essere tuttavia revocato in dubbio l'aspetto funzionale e dinamico che qui interessa: è grazie alla diversa articolazione dei pesi e dei carichi dell'imposizione indiretta che è possibile spingere masse, anche ingenti, di consumatori verso certo prodotti di consumo piuttosto che verso altri, con effetti conseguenti e coerenti (anche) dal punto di vista di una più corretta gestione delle problematiche della protezione dell'ambiente. È sufficiente ricordare, sotto questo riguardo, i risultati ottenuti in Belgio grazie alla più pesante imposizione indiretta (imposte di fabbricazione) applicata ai rasoi in plastica, onde disincentivarne l'acquisto ⁸⁴, per acquisire come definitivamente provato, in quanto sottoposto a verifica sperimentale, il succitato effetto di formulazione delle imposte.

E, d'altro lato, anche la possibilità di intervenire nel settore dell'energia, ai sensi della lettera c) del cit. art. 192, secondo paragrafo, del TFUE, non può analogamente materializzarsi con la predisposizione di peculiari politiche fiscali da parte dell'Unione e degli Stati membri, in vista della loro ricaduta sul terreno pratico della loro maggiore sostenibilità ambientale?

Senza che siano necessarie più diffuse argomentazioni sono sicuramente sotto gli occhi di tutti le politiche dell'Unione europea e quelle (in verità differenziate) degli Stati membri in materia di energie da fonti rinnovabili per sapere, quasi alla stregua di un dato di comune quanto inoppugnabile esperienza, che o la *green economy* (e pertanto le c.d. energie alternative) ⁸⁵ viene efficacemente supportata da importanti e generose politiche di detassazione/incentivazione oppure di null'altro si tratterrà che del consueto quanto inutile *flatus* retorico e meramente celebrativo.

Non mi parrebbe revocabile in dubbio, in altre parole, il fatto che solo

⁸³ Ancora, se si vuole, R. FERRARA, *op. ult. cit.*

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ Per tali problemi rinvio al saggio di VIVANI, relativo alla disciplina dell'energia, in questo stesso volume.

un approccio mirato e realistico alle problematiche relative alla tutela ambientale, e pertanto alle forme concrete ed agli strumenti deputati a delinearne e a realizzarne gli obiettivi, può garantire l'elaborazione e la messa in campo di misure efficaci ed efficienti, e perciò maggiormente idonee ad introdurre soluzioni e risposte apprezzabili sul piano del risultato. E ciò, non può essere privo di conseguenze pratico-teoriche anche dal punto di vista che qui interessa, in quanto si tratta della più rilevante risposta che il diritto, e segnatamente il diritto originario dell'Unione europea (quello dei Trattati!), cerca di dare ai mille problemi sul tappeto onde sciogliere il viluppo intricato che lega insieme, indissolubilmente, etica e diritto, e anzi Etica, Economia e Diritto.

Infatti — e proprio nell'ordito normativo del diritto originario dell'Unione europea — il rapporto di integrazione/separazione che vede dialetticamente a confronto etica e diritto si colora di una variante di assoluto rilievo, quasi si trattasse di un vero e proprio convitato di pietra chiamato a giocare un ruolo esclusivo e peculiare, ora di “disturbo” ora di mediazione: il mercato, con i suoi valori e con le sue regole e, comunque, con tutto l'enorme peso che esso occupa nell'architettura istituzionale e materiale dell'Unione europea (e nel mondo globalizzato, ovviamente) ⁸⁶.

La formula, invero molto accattivante, di cui all'art. 11 del TFUE, con cui si introduce il c.d. principio di integrazione ⁸⁷, in forza del quale ogni politica dell'Unione dovrebbe essere, per così dire, riprocessata in vista della promozione di obiettivi di sviluppo sostenibile, non sembra andare, in realtà, oltre la soglia delle mere dichiarazioni ottative e di principio laddove nelle norme a carattere maggiormente “operativo”, e cioè agli artt. 191, 192 e 193 del TFUE, il valore e il ruolo del mercato, in quanto fattore costitutivo (e costituzionale) dell'ordinamento europeo, appaiono compiutamente scanditi e delineati.

L'ambiente, e la sua tutela, sarà pure un tema eticamente sensibile, e in quanto tale dovrà fare i conti, nel contesto “domestico” dell'Unione europea ed in quello internazionale del mondo globalizzato, con una nuova etica della responsabilità, ma certo è comunque che la risposta del diritto sembra essere in qualche modo scontata e del tutto tradizionale. L'ordine giuridico del mercato, del mercato che è e resta regolato (*rectius*, eteroregolato), presuppone infatti — e postula — condizioni esistenziali di equilibrio instabile nelle quali le ragioni dell'ecologia e quelle dell'economia saranno di volta in volta diversamente modulate, interpretate e soprattutto bilan-

⁸⁶ Ancora, per tutti, CAFAGNO, *op. loc. cit.*

⁸⁷ Cfr. già, e per tutti, DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, cit.

ciate, sempre e comunque nel segno del forte riconoscimento del ruolo giocato dal mercato medesimo e, segnatamente, dal mercato in quanto luogo non solo virtuale nel quale gli operatori si muovono in regime di concorrenza seppur imperfetta.

Se questo è vero, del tutto coerente è la risposta del diritto originario dell'Unione europea là ove, ad esempio, al secondo comma del secondo paragrafo dell'art. 191 del TFUE, si prevede che le "misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente" possano comportare, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che "... autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione". E, ancor più giustificato sembra essere il ragionamento fin qui impostato se si considera il successivo art. 193 del TFUE, vera e propria norma di confine e di struttura, capace di rappresentare in forma tanto sintetica quanto emblematica l'*ethos* pratico (e non spicciolo, si noti bene!) del legislatore europeo: "I provvedimenti di protezione adottati in virtù dell'art. 192 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore. Tali provvedimenti devono essere compatibili con i trattati. Essi sono notificati alla Commissione".

E cioè, è ben ammissibile un più elevato livello di protezione ambientale che venga ricercato ad opera di uno Stato membro, in quanto il livello "elevato" di tutela perseguito dall'Unione (art. 191, secondo paragrafo, del TFUE) può finire coll'apparire come semplicemente medio al confronto di quanto già realizzato, oppure realizzabile, in una particolare realtà nazionale, ma tale pur positiva ed apprezzabile eventualità non può compromettere le finalità e lo spirito stesso dei Trattati, ossia, per quello che qui maggiormente interessa, non può costituire un'aperta e/o insostenibile violazione delle regole e dei principi di concorrenza che disciplinano il funzionamento del mercato interno ⁸⁸.

L'etica del mercato, in vista del rinnovamento del suo "ordine giuridico", sembra pertanto non contrapporsi ma piuttosto integrarsi con quell'etica (pratica) della necessità che sospinge verso più elevati progetti ed obiettivi di tutela dell'ambiente.

Il che nulla toglie, tuttavia, al fatto che il mercato (con i suoi valori) e le politiche di protezione dell'ambiente — e segnatamente quelle più manifestamente volte al conseguimento di risultati di elevata qualità ambientale nell'ottica dello sviluppo e/o del futuro sostenibile — possano

⁸⁸ Sia consentito rinviare, per tale ordine di problemi, a R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, cit., *passim*.

entrare in rotta di collisione, o muoversi comunque lungo una linea di più marcata separazione oppure, in alcuni casi, di palese contrapposizione.

È facile argomentare che, anche nelle ipotesi di più radicale (e persino insanabile) conflitto fra le ragioni del mercato e dell'economia, da un lato, e quelle dell'ecologia, dall'altro, sarà pur sempre il diritto, con i suoi percorsi (con le sue risorse ed i suoi limiti), a dover tentare di fornire un principio di risposta positiva a tale dilemma, quasi alla ricerca della (impossibile!) quadratura del cerchio.

6. *Segue: etica e diritto alla prova dei fatti. Dai “rami alti” ai “rami bassi” dell’ordinamento.*

A voler sintetizzare i problemi sul tappeto in modo del tutto generale (e persino generico), si può forse pervenire alla seguente considerazione: l'etica della responsabilità permea naturalmente di sé le norme che si collocano sui “rami alti” del sistema multilivello, e tuttavia in modo per così dire “debole”, non assoluto, nell'ottica dello “sviluppo” anziché del “futuro sostenibile”, e secondo una linea di pensiero comprensibilmente conciliativa, di riconciliazione e di mediazione fra le ragioni alte dell'etica e quelle (pratiche) dell'economia ⁸⁹.

Il che, caso mai ce ne fosse bisogno, giustifica ampiamente il ricorso del diritto a concetti giuridici in qualche misura indeterminati (la stessa nozione di sviluppo sostenibile sembra essere tale!) oppure a clausole generali delle quali è addirittura messa in dubbio la natura, dubitandosi se essa sia a carattere sostanziale oppure meramente procedimentale, secondo quanto si è visto in merito al principio di precauzione ⁹⁰.

E, da un certo punto di vista, è anche possibile ipotizzare che la forza dei principi (delle “regole” e delle “regolarità”) ⁹¹ origini dalla loro stessa “debolezza”, ossia dal loro presentarsi, e rappresentarsi, come clausole aperte e generali, capaci di rapportarsi, anche con una certa abilità mimetica, agli eventi sempre diversi e mutevoli del mondo “liquido”. Il principio

⁸⁹ Il che fa sì che il diritto dell'ambiente, sia, a tutti gli effetti, un diritto di mediazione e soprattutto di conciliazione, secondo quanto mirabilmente sostenuto da MORAND-DEVILLER nel saggio che apre il volume. Della stessa Autrice, sulla stessa lunghezza d'onda, si veda *Le juge administratif et l'environnement*, in *RJE*, speciale, 2004, 193 ss.

⁹⁰ Si vedano, pertanto, i contributi più volte già riportati (*supra*, alle note n. 49, 73 e 76) e, in particolare, MARINO, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione*, cit.

⁹¹ Secondo quanto mette in luce DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985.

di precauzione è sicuramente, sotto questo riguardo, in quanto regola di *flexsecurity*, quello che più emblematicamente si propone con una fisionomia (apparentemente) debole, ma che, proprio a causa di ciò, riesce verosimilmente a giocare un ruolo strategico e centrale in ogni politica e in ogni decisione concreta relative alla tutela dell'ambiente e/o della salute dell'uomo ⁹².

Se questo è vero, il successivo passaggio sposta, naturalmente, il *focus* del discorso sui "rami bassi" dell'ordinamento giuridico, nel senso che non è certamente privo di interesse il verificare se e come i presupposti della "nuova" etica della responsabilità (*rectius*, della necessità) siano stati capaci di penetrare nel diritto vivente, oltre i meri principi (operazione, questa stessa, peraltro relevantissima, secondo quanto dimostra la vicenda "costituzionale" dei Trattati della Unione europea), nella materialità della legislazione "minuta", ossia nelle discipline di settore relative ai diversi beni ambientali.

Viene in questo modo ad essere emblemizzato, a mio avviso, un particolare aspetto del problema al quale ho già fatto cenno. Non solo, infatti, le norme di principio, collocate sui "rami alti" del sistema multilivello, presentano, troppo spesso, un valore eminentemente programmatico (altamente significativo, e tuttavia programmatico), ma sono prevalentemente le legislazioni di settore, a cominciare dal nostro "codice" dell'ambiente ⁹³, a cercare di portare a maturazione e compimento quel processo difficile, ma necessario, che fa sì che sia il diritto, con i suoi riti e le sue forme, a dover fornire risposte certe, oppure meno incerte e comunque spendibili sul piano pratico, ai mille dilemmi, alle tante domande che la scienza incerta pone quotidianamente sia alla Politica, sia agli operatori che agiscono concretamente nelle vicende reali della contemporanea "società del rischio" ⁹⁴.

Mi sembra opportuno partire da un esempio.

Le norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e segnatamente l'art. 191, secondo paragrafo, declinano principi di elevata caratura etica (oltre che tecnica). Soprattutto, nel momento in cui i principi stessi cui debbono conformarsi le politiche dell'Unione vengono ordinati quasi secondo una scansione di tipo gerarchico (dalla prevenzione/ precauzione al ristoro del danno ambientale), si effettua una chiara, inequivoca-

⁹² Sia ancora consentito il rinvio a R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, cit.

⁹³ Ossia il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, come successivamente modificato e integrato.

⁹⁴ Ancora BECK, *op. cit.* nonché, in riferimento al mondo "liquido", BAUMAN, *op. cit.*

bile scelta di merito. Scelta di merito che opera dunque sul piano generale dei valori e, pertanto, sul terreno dell'etica della responsabilità, e forse principalmente sul terreno peculiare di quell'etica pratica della necessità che costituisce, a tutti gli effetti, il nucleo sensibile di ogni legislazione ambientale sufficientemente evoluta.

E, infatti, anche a prescindere da un più approfondito esame tecnico delle norme del TFUE relative alla protezione dell'ambiente (a cominciare dal citato art. 191, secondo paragrafo), un dato di sistema sembra essere assolutamente certo: in vista del proclamato obiettivo dello sviluppo sostenibile, e quindi per la tutela dei diritti delle future generazioni alle quali occorre consegnare l'ambiente quantomeno nelle stesse condizioni nelle quali le generazioni viventi l'anno preso in consegna, le politiche dell'Unione e degli Stati membri debbono essere organizzate per operare *ex ante*, onde prevenire gli eventi dannosi, e pertanto oltre e meglio dei tradizionali rimedi a contenuto risarcitorio per tradizione chiamati ad intervenire *ex post*, quando il fatto causativo di danno si sia già verificato ⁹⁵.

Impossibile non cogliere in tale fondamentale scelta di campo, palesemente sbilanciata in favore dei modelli "tecnici" di protezione dell'ambiente a carattere preventivo, il riflesso sensibile della dottrina del "principio di responsabilità".

Non è pensabile, infatti, che la protezione dell'ambiente, anche nell'ottica antropocentrica della sua fruizione da parte delle generazioni future, possa essere affidata in via principale alla mobilitazione di strumenti che, per quanto raffinati ed evoluti, si risolvono tuttavia nel ristoro patrimoniale *ex post* del danno arrecato all'ambiente e alla salute dell'uomo. E, invero, sia prendendosi come esempio il modello della responsabilità genitoriale che quello del sapiente e responsabile uomo di governo ⁹⁶, l'etica della responsabilità impone sempre di privilegiare gli interventi e le attività a carattere preventivo, in quanto essi soltanto possono (pur relativamente) agevolare un certo cambio di passo, e pertanto il formarsi di nuovi profili etici, in sintonia con le drammatiche condizioni ambientali nelle quali si trova il nostro pianeta. E, a questo fine — in piena sintonia con l'importante cambio di passo che, nonostante tutto, prende corpo — il principio di tutela preventiva viene sostanziato dalla regola precauzionale la quale diventa la

⁹⁵ Sia ancora permesso rinviare a R. FERRARA, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, cit. Sul danno ambientale cfr. il saggio di GIRACCA, in questo volume.

⁹⁶ JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., *passim*, ma spec. 124 ss.

vera e propria chiave di volta di ogni modello pratico-teorico di protezione dell'ambiente.

Se questo è vero, allora il principio di precauzione, oltre a confermare il fatto che ogni seria politica di tutela ambientale è chiamata ad operare *ex ante*, consente altresì di constatare che è esattamente grazie a tale delicatissima e raffinata “regola del procedere”⁹⁷ che il diritto riesce a dare pur approssimative risposte ai dilemmi e alle domande della “scienza incerta”, al cospetto della crescente friabilità del sapere scientifico, della sua intrinseca relativizzazione nel tempo e nello spazio.

Si può trovare, a mio modo di vedere, una qualche (non irrilevante) conferma di quanto appena ipotizzato collocandoci sui “rami bassi” del nostro sistema giuridico e, segnatamente, prendendo sommariamente in esame il c.d. codice dell'ambiente, ossia il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, così come successivamente modificato ed integrato.

E, infatti, il citato d.lgs. n. 152/2006, nel suo *incipit* (art. 1 e ss.) riafferma, in buona sostanza, i principi generali delle politiche pubbliche volte alla protezione dell'ambiente, così come declinati dal diritto internazionale e dal TFUE (dalla prevenzione alla precauzione in uno con il risarcimento del danno ambientale), conservandone il “taglio” e lo spirito, e cioè le finalità ultime e l'approccio metodologico, cauto e relativistico, in quanto proprio della regola precauzionale.

Viene, a questo punto, del tutto spontanea e conseguente una quasi elementare constatazione: almeno sul piano dei principi, l'etica della responsabilità (delle generazioni viventi nei riguardi di quelle future) tracima e passa dal mondo, alto e suggestivo, delle meditazioni filosofiche a carattere sistemico a quello della normativa “spicciola” e “minuta”, e il viatico di tale processo di tracimazione e passaggio è costituito dal diritto internazionale e da quello dell'Unione europea i quali disvelano, su questo versante, una straordinaria capacità performante e conformativa.

Se questo è vero, il percorso non può dirsi comunque concluso, altrimenti il nostro problema si limiterebbe a semplicemente verificare se e come vi sia stata un' adeguata trasposizione dei principi formulati dal diritto sovranazionale e transnazionale nel nostro ordinamento interno.

In questo senso, si deve invece passare ad uno *step* successivo, constatando (ancora una volta di una mera constatazione si tratterà!) che i principi forti della tutela preventiva e della precauzione, in quanto regole di ordinamento sicuramente esemplificative di un nuovo approccio etico al

⁹⁷ Per tutti, MARINO, *op. loc. cit.*

tema della protezione dell'ambiente, si materializzano e si inverano in quelli che sono, a tutti gli effetti, i più rilevanti istituti di diritto positivo su cui fanno leva le politiche pubbliche nel settore dell'ambiente: la valutazione di impatto ambientale a carattere strategico (VAS) e quella relativa a singole opere, a singoli e puntuali interventi impattanti sull'ambiente medesimo (VIA).

Non è certo necessario ripercorrere *ab imis* le tappe e i passaggi (invero molto complicati!) della nostra disciplina di base in materia di valutazioni di impatto ambientale (art. 11 e ss. del d.lgs. n. 152/2006) ⁹⁸ per coglierne il tratto più significativo, di valore sistemico, e soprattutto rappresentativo del rinnovato ordine di valori etici che permea di sé le normative ambientali di ultima generazione.

Se, infatti, lo sviluppo ha da essere sostenibile (lo sviluppo, dunque, e non, secondo quanto suggerirebbe una formula più impegnativa, il futuro!), e se tale sostenibilità deve essere necessariamente testata grazie alla messa in campo di una opportuna rete di strumenti di controllo a carattere preventivo; se tale non rinunciabile obiettivo viene (almeno presuntivamente) raggiunto in forza dell'attivazione di procedure di verifica e controllo virtualmente capaci di conformare *ex ante*... Bene, se tutto ciò è vero, si può verosimilmente supporre che, almeno sul piano culturale e valoriale, la "nuova" etica della responsabilità sia ormai penetrata con relativa profondità nel mondo del diritto, al punto da conformarne i percorsi, o almeno quelli di maggior peso e rilievo.

La VIA e la VAS sono effettivamente i fondamentali strumenti tecnico-operativi grazie ai quali si cerca di mobilitare *ex ante* le opportune politiche e misure di protezione dell'ambiente. E appaiono, pertanto, come quelle procedure in virtù delle quali la sostenibilità dello sviluppo deve essere preventivamente testata e verificata, soprattutto se si focalizza l'attenzione sulla valutazione strategica (VAS), in quanto è grazie a controllo preventivo di piani e programmi suscettibili di impattare sull'ambiente che si dovrebbe riuscire a preventivamente conformare la successiva e coerente messa in opera di progetti e interventi puntuali e concreti.

Impossibile non constatare (ancora una volta, sul piano valoriale e culturale) che, se non ci si trova certamente al cospetto di tecniche e strumenti riconducibili agli orizzonti progettuali e ideali della *deep eco-*

⁹⁸ Passaggi relativamente ai quali cfr., comunque, R. FERRARA-G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, Padova, Cedam, 2010, 993 ss., a commento degli artt. 11 e ss. del d.lgs. n. 152/2006.

gy⁹⁹, è comunque ben evidente che si introietta, in questo modo, il profilo etico di maggior significato dal punto di vista che qui interessa: la tutela dell'ambiente non può essere che a carattere preventivo, in vista del necessario conseguimento dell'irrinunciabile obiettivo di uno sviluppo che ha da essere sostenibile in funzione delle legittime, e non comprimibili, aspettative delle generazioni future.

Si tratterà, in pratica, della messa in campo di strumenti e procedure forse privi, in alcuni casi, di un radicale impatto sui sistemi ambientali in merito ai quali debbono operare — e pertanto riconducibili al “pensiero debole” dell'etica semplificata, ossia all'universo culturale della *shallow ecology*¹⁰⁰ — ma certo è comunque che il “principio di responsabilità” palesa, in questo modo, un'importante capacità di penetrazione anche nei c.d. rami bassi dell'ordinamento giuridico.

E, sempre sul piano dell'etica applicata e della selezione dei mezzi e degli strumenti operativi messi in campo per implementarne la capacità diffusiva ed applicativa, impossibile non constatare che la VIA e la VAS si configurano, a tutti gli effetti, come importanti varianti del modello di tutela dell'ambiente riconducibile allo schema del *command and control*, ossia alla regola della preferenza in assoluto accordata al controllo amministrativo preventivo, regola tanto tradizionale (e ad avviso di taluno definitivamente superata) quanto tuttavia affermata e ribadita dal diritto originario dell'Unione europea (art. 191, secondo paragrafo, del TFUE).

Del pari impossibile non constatare, sotto questo riguardo, che i principi dell'etica applicata che vengono così a materializzarsi, in ragione della loro penetrazione nei “rami bassi” del nostro ordinamento positivo (ma in realtà di tutti i principali sistemi giuridici, sia di *civil law* che di *common law*), ci riportano ad un unico, o comunque fondamentale, modello concettual-istituzionale, ossia al procedimento amministrativo, alle sue regole ed ai suoi riti e, soprattutto, ai suoi valori di merito “democratico”¹⁰¹.

Si tocca, a questo punto, un aspetto davvero nevralgico e centrale del problema che si affronta: in che modo, con quali mezzi e con quali

⁹⁹ E pertanto il principio di prevenzione è proprio di ogni filosofia “pratica” dell'ambiente, e per l'ambiente, originando direttamente da quell'etica della necessità (e della sopravvivenza) che dovrebbe orientare ogni più matura ed evoluta politica pubblica di protezione dell'ambiente.

¹⁰⁰ E valgono perciò le considerazioni appena svolte alla nota immediatamente precedente, oltre che — naturalmente — nel lavoro.

¹⁰¹ La letteratura è, ovviamente, sterminata, a cominciare dalla manualistica. Per tutti, MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi editore, 2005, I, 531 ss.

prevedibili risultati, il diritto vivente riesce a dare soluzioni e risposte (pur parziali e non definitive) ai dilemmi e alle domande che la “scienza incerta” (dubbia e perplessa!) pone a noi tutti, nell’esperienza quotidiana e nella complessità sistemica dei saperi specialistici?

Si noti bene: la domanda appena formulata è, in realtà, più generale, e persino generica, da un lato, e, dall’altro lato, oltremodo complicata, capace di mobilitare mille percorsi e “vie di fuga”, in qualche modo inattesi. E, infatti, con quali strumenti del diritto (del diritto vivente come di quello che può sembrare necessario “inventare”) si può intercettare e gestire la serie crescente di rischi che sono immanenti alle società complesse del capitalismo avanzato, o del post-capitalismo che dir si voglia, insomma della società globale nella quale oggi si vive?

Questa prima esplorazione dei “rami bassi” dell’ordinamento giuridico sembra spingere verso una fin troppo ovvia conclusione: è il procedimento amministrativo, con il suo valore ordinante, a costituire il nucleo sensibile di ogni politica concreta di rilevazione, ponderazione, misurazione e gestione pratica del rischio (*rectius*, dei rischi), e segnatamente del rischio ambientale e di quello che mette in pericolo la salute dell’uomo.

Se questo è vero, allora tutto sembrerebbe, in qualche modo, lineare e coerente: il procedimento amministrativo in quanto tale, e nello specifico i più rilevanti procedimenti nel settore dell’ambiente (VIA, VAS e AIA - autorizzazione integrata ambientale), si conforma alla regola della tutela preventiva ed è perciò riconducibile al modello generale del *command and control*. Lo stesso principio di precauzione, in quanto “regola del procedere”, sembra originare, d’altro canto, dal corpo vivente delle esperienze del procedimento amministrativo ¹⁰², confermando, in questo modo, il ruolo dirimente e strategico della procedura amministrativa nei processi decisionali volti a gestire i rischi per l’ambiente e per la salute umana (ovviamente — *ça va sans dire!* — implicati e connessi).

Difficile contestare quest’ordine di riflessioni e considerazioni generali sulle quali si registra il consenso pressoché unanime della dottrina, seppure con varianti e differenziate sfumature argomentative, anche di una certa importanza ¹⁰³.

Ed è altresì impossibile non considerare che il principio di responsabilità può disvelare una capacità conformativa e performante tanto maggiore quanto più efficace e risolutiva sia la sua penetrazione negli istituti reali del

¹⁰² Cfr. nuovamente MARINO, *op. loc. cit.* nonché FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in AA.VV., *Diritto dell’ambiente*, cit., 213 ss.

¹⁰³ Ancora FRACCHIA, *op. ult. cit.*

diritto vivente, secondo quanto dimostrano, d'altro lato, gli stessi modelli paradigmatici di riferimento di H. Jonas: la responsabilità parentale trova certamente la sua fondamentale cornice nel diritto di famiglia e quella dell'uomo di governo nell'architettura costituzionale dello Stato di diritto.

Il che sta comunque a significare che, in questo modo, abbiamo verosimilmente focalizzato soltanto un angolo del nostro problema, quello di maggior evidenza plastica, certamente di più immediata percezione, nel senso che è in qualche misura nella natura stessa delle cose — e cioè nella struttura materiale dell'ordinamento giuridico — che sia il procedimento amministrativo a costituire il principio ordinatore a carattere pratico grazie al quale si dà forma concreta al principio di responsabilità inteso nel senso più alto e sensibile dell'espressione.

E, tuttavia, senza che mi sia ovviamente possibile trattare a fondo tale problematica generale, è ben noto che il valore ordinante della procedura amministrativa si presenta quantomeno sotto un duplice aspetto, con una doppia (ma non antitetica) fisionomia. Il procedimento può essere infatti inteso come rito formale, come espressione alta del valore della forma, e pertanto della sua straordinaria capacità di costituire una barriera difensiva a vantaggio di chi è debole nei confronti di chi è più forte ¹⁰⁴; per altro verso, il procedimento si configura quasi come modello possibile di democrazia sostanziale, soprattutto nelle procedure di massa, tipiche e proprie della c.d. democrazia di prossimità ¹⁰⁵, ossia come quell'insieme di eventi e percorsi partecipati grazie ai quali il consenso sulle scelte e sulle opzioni possibili viene a formarsi partendo, per così dire, dal basso.

Tutto ciò può, intuitivamente, portare a differenti concezioni e costruzioni del procedimento amministrativo, in qualche modo avallate e persino incentivate dalla stessa giurisprudenza, e pertanto a ritenere che il procedimento medesimo abbia compiutamente giocato il suo ruolo allorché abbia considerato e preso in esame tutti gli interessi coinvolti (ad esempio, quelli a carattere ambientale e paesaggistico), quasi a prescindere dal contenuto materiale della decisione nel concreto assunta ¹⁰⁶. Oppure, si potrà invece ipotizzare che il procedimento amministrativo si rivela ormai come un fondamentale momento e strumento di partecipazione democratica e di massa alle decisioni della Politica e dell'amministrazione, soprattutto per quel che riguarda la realizzazione delle grandi opere a carattere

¹⁰⁴ Pensiero, questo stesso, già espresso in modo del tutto limpido, e con insuperata maestria, da DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, Rizzoli, 1992, *passim*.

¹⁰⁵ E nel contesto delle "nuove" arene deliberative: L. BOBBIO, *op. loc. cit.*

¹⁰⁶ Si veda, emblematicamente, la cit. decisione di Corte cost. n. 196/2004.

infrastrutturale, capaci di impattare anche in modo devastante sull'ambiente e sulla qualità della vita di masse ingenti di cittadini. E, cioè, il procedimento, in quanto sede e veicolo della partecipazione sostanziale dei cittadini (e naturalmente degli *stakeholder*) al modo di farsi e di definirsi delle scelte finali della politica e dell'amministrazione, riuscirebbe quasi a contrastare, se non addirittura a sterilizzare, la famosa sindrome *nimby* e l'ancor più radicale effetto *banana* ¹⁰⁷, in virtù del quale nulla ma proprio nulla sarebbe possibile realizzare sulla Madre Terra in quanto nessuna sua alterazione e/o modificazione o trasformazione dovrebbe essere consentita.

E, sotto questo riguardo, è lo stesso principio di precauzione a confermare il fatto che concezioni e costruzioni, anche dogmatiche, a carattere se si vuole formale si contrappongono, in termini ovviamente relativi, a quelle di più schietto valore sostanziale, nel senso che un conto è considerare il principio medesimo come "regola del procedere" e altro e cercare di implementarne la capacità conformativa in sintonia con la definizione che ne viene data dal principio 15 della Dichiarazione di Rio ¹⁰⁸.

7. *Segue: etica ambientale e procedimento amministrativo.*

In sintonia logica con quanto fin qui constatato mi sembra sicuramente acquisito e fuor di discussione un dato di sistema di un certo rilievo: nel quadro delle possibili, sperimentate e sperimentabili, soluzioni di diritto positivo il procedimento amministrativo rappresenta, a tutti gli effetti, il principale modello di rilevazione, comparazione e gestione dei fasci composti e complessi di interessi pubblici e privati dei quali debbono essere disposti il bilanciamento e la mediazione in vista della decisione finale di competenza delle amministrazioni pubbliche. Il che non costituisce soltanto (e forse in nessun modo, a mio avviso) il riflesso e la conseguenza della scelta di diritto positivo che persiste nel privilegiare i tradizionali strumenti di *command and control*, in funzione della protezione preventiva degli interessi sensibili, ma verosimilmente molto di più, quasi nel segno di un'ineluttabile necessità.

Ho già fatto cenno al fatto che è il diritto a trovarsi, molto spesso, "in prima linea", essendo chiamato a giocare un ruolo definitorio, maieutico e financo pedagogico, al cospetto delle insufficienze, o comunque della natu-

¹⁰⁷ La sindrome c.d. Banana (*Build Absolutely Nothing Anywhere Near Anything*) si configura, nel mondo anglosassone, come la variante più radicale dell'effetto *Nimby* (*Not in my Backyard*).

¹⁰⁸ Ancora MARINO, *op. loc. cit.* cui *adde* i contributi già riportati (*supra*, alle note n. 49, 73, 76).

rale “perplexità” della “scienza incerta”, talora incapace di portare alla luce gli angoli più riposti e meno visibili dei problemi e, soprattutto, di escogitare per essi una riposta che si muova utilmente nella direzione della (relativa) riduzione della complessità ¹⁰⁹. Non dirò che, contrariamente a quanto avveniva nel recente passato, la scienza abbia, di fatto, abdicato al ruolo che le è proprio, non essendo più capace di ricondurre ad unità concettuale il magma caotico della realtà effettuale ¹¹⁰; né mi parrebbe possibile sostenere che, in coerenza con tale perdita di centralità della scienza in quanto *logos* ordinatore del reale, siffatta funzione definitoria, e anche semplificatoria, sia oggi svolta, sempre e comunque, dal diritto, dal *nomos* che si rivelerebbe, in questo modo, capace di contrastare il *kaos*, nel segno della persistente ricerca di un nuovo profilo etico, adeguato alla straordinaria e, soprattutto, inattesa complessità multiforme della contemporanea “società del rischio” ¹¹¹.

Forse nulla di tutto ciò può essere sostenuto in termini anche solo relativamente assertivi, e tuttavia in siffatto modo di ragionare, o semplicemente di prospettare e impostare il problema, paiono esserci alcuni “semi di verità” ¹¹² meritevoli di considerazione e sviluppo.

In questo senso, valutandosi realisticamente i problemi sul tappeto, e pertanto secondo quell’etica pratica della necessità alla quale ho più volte fatto riferimento, è fuor di dubbio che il profilo davvero delicato, e maggiormente controverso, di ogni politica ambientale è rappresentato dall’imprescindibile esigenza di trovare un utile ed equilibrato punto di incontro e di mediazione efficiente fra le ragioni dell’ecologia e quelle dell’economia.

E il diritto — si sa! — ha i suoi mezzi e i suoi strumenti nei riguardi dei quali sembra tuttavia opportuno manifestare e conservare un certo disincantato distacco: si tratta soltanto di *utilitas* e categorie strumentali, al servizio e in funzione di uno scopo utile e pratico che deve essere raggiunto proprio grazie alla messa in campo dei suddetti mezzi e strumenti.

¹⁰⁹ Per tutti TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, cit. e RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, cit.

¹¹⁰ Un tale esito sarebbe infatti disastroso, di vera e propria fine della modernità, comunque la si voglia giudicare, di ben altra caratura essendo invece il discorso, dei filosofi e dei bioeticisti, allorché viene predicata la necessità di ricondurre a ragione il Prometeo “irresistibilmente scatenato”: JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., nonché ID., *Frontiere della vita, frontiere della tecnica*, cit.

¹¹¹ BECK e BAUMAN, nei contributi più volte cit.

¹¹² Faccio mia la bellissima espressione di F. PUGLIESE, amico e collega prematuramente scomparso, con la quale Egli voleva alludere al carattere meramente interlocutorio e relativo delle nostre acquisizioni, del nostro “sapere” che si vorrebbe sempre scientificamente fondato.

Se questo è vero, allora è sicuramente il procedimento amministrativo il modulo funzionale (l'istituto di diritto positivo, per meglio dire) grazie al quale gli interessi, gli obiettivi, le ragioni e le necessità, spesso in qualche misura contrapposti, dell'ecologia e dell'economia vengono confrontati, bilanciati e mediati, in vista del consolidamento di "compromessi" utili ed efficienti ogniqualvolta ciò sia possibile.

Mi è già capitato di pensare al procedimento amministrativo come a quell'istituto (o complesso di istituti, di regole e regolarità) capace di mobilitare un vero e proprio "diritto amministrativo di garanzia"¹¹³, in quanto le ragioni dell'amministrazione (ossia del decisore collettivo pubblico investito comunque della missione di curare gli interessi più generali di una collettività organizzata) e quelle dei privati, del *quivis de populo* come della grande impresa che "tratta" con il potere pubblico, trovano in questa sede, nei percorsi della procedura amministrativa il terreno elettivo nel quale manifestare il proprio punto di vista, ovviamente in funzione di un finale risultato di mediazione degli interessi in gioco.

Il che appare ancora più evidente, e soprattutto importante, se si supera lo schema, in verità del tutto inattuale, che vuole la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo come semplicemente volta a rappresentare, nei termini di una possibile contrapposizione, il proprio egoistico, o comunque peculiare, punto di vista, per accedere invece alle contemporanee teorie della razionalità procedurale per le quali il ruolo giocato dai privati nell'ambito del procedimento amministrativo è *anche*, del tutto obiettivamente, finalizzato ad implementare le capacità cognitive e analitiche del decisore collettivo pubblico per il fatto di contribuire a limitarne le c.d. asimmetrie informative¹¹⁴.

E c'è, naturalmente, di più, nel senso che il procedimento amministrativo continua a disvelarsi come uno strumento tutto sommato agile e flessibile nel quale (e grazie al quale) può essere intercettata e gestita la massa crescente di rischi, e pertanto anche di eventi emergenziali non previsti e/o non prevedibili, che costituisce la sostanza drammatica della società contemporanea.

Non mi riferisco soltanto, secondo quanto già visto, al fatto che il procedimento amministrativo è la "regola" ordinaria che conforma i mo-

¹¹³ Sia consentito rinviare, per alcune considerazioni di sintesi, a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., spec. 103 ss.

¹¹⁴ Secondo quanto argomenta, soprattutto, in molti scritti, SIMON, del quale si veda spec. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1967 nonché *Decision Making and Administrative organisation*, in *Public Administrative Review*, 1944, n. 4, 16 ss.

delli di tutela dell'ambiente riconducibili allo schema concettuale del *command and control* (procedimenti di VIA e di VAS, per tutti), ma più direttamente ad un fattore a carattere sistemico ben chiaro ai teorici della "società del rischio" ed ai giuristi che a tale concettualità si richiamano ¹¹⁵: il procedimento amministrativo finisce con l'essere, nel bene come nel male, con le sue straordinarie potenzialità e con i suoi pur evidenti limiti, il solo apparato istituzionale nel quale i rischi (e naturalmente gli interessi che si manifestano nella procedura) possono essere trattati e gestiti.

Prende corpo, in questo modo, la possibile antinomia alla quale ho già fatto cenno: il procedimento potrà essere costruito, e soprattutto condotto, secondo regole e valori esclusivamente formali (e tuttavia fondamentali e non rinunciabili, in quanto, a mio avviso, forma e sostanza del diritto amministrativo di garanzia) ¹¹⁶; oppure esso potrà divenire la sede elettiva nella quale il decisore collettivo pubblico riesce a farsi carico della sostanza, anche dolorosa, dei problemi che debbono essere affrontati in vista dell'elaborazione di un punto di vista più ampio, maggiormente in sintonia con le domande e le urgenze che debbono essere soddisfatte.

Si tratta di "visioni del mondo" relative al procedimento amministrativo, al suo ruolo e alle sue dinamiche funzionali, che, a ben vedere, convivono abbastanza pacificamente nella nostra esperienza quotidiana, secondo quanto si evince da una giurisprudenza tanto interessante quanto peraltro oscillante: il procedimento amministrativo come "regola del procedere", sicché sarà sufficiente l'aver considerato (anche soltanto considerato) gli interessi ambientali e/o paesaggistici in gioco ¹¹⁷; ovvero il procedimento come sede nella quale, anche oltre la lettera della norma, gli interessi in movimento sono valutati e comparati secondo criteri e valori di maggior sostanza, in sintonia con il principio di legalità in senso materiale ¹¹⁸.

I tanti discorsi che vengono fatti a proposito delle energie alternative (soprattutto in merito all'energia eolica), con il potenziale contrasto fra le ragioni del paesaggio in senso stretto e quelle del risparmio energetico e dell'ambiente, sono sicuramente la spia sensibile delle suddette oscillazioni della nostra giurisprudenza e, ancor prima, del nostro comune sentire. E, soprattutto, si conferma in questo modo il ruolo di mediazione e di

¹¹⁵ Ancora BECK e BAUMAN, nei contributi più volte ricordati cui *adde* BARONE, *op. loc. cit.* e DE LEONARDIS, *op. loc. cit.* (*supra*, alla nota n. 76).

¹¹⁶ Ancora, se si vuole, R. FERRARA, *op. ult. cit.*

¹¹⁷ Si consideri nuovamente la cit. pronunzia di Corte cost. n. 196/2004.

¹¹⁸ In questo senso COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., *passim* e già Id., *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, cit., *passim*. In questa direzione, si veda altresì il ponderoso volume di OCCHIANA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

“conciliazione”¹¹⁹ che il procedimento amministrativo può del tutto obiettivamente giocare al cospetto della massa caotica di interessi che al suo interno trovano spazio e collocazione: da quelli che evidenziano la possibile contrapposizione fra le ragioni dell’ecologia e quelle dell’economia a quelli che emergono nei contesti più fluidi e liquidi della contemporanea “società del rischio”¹²⁰.

Il campo d’indagine e di riflessione deve essere tuttavia allargato, in quanto si ara, in questo modo, un terreno già pienamente dissodato, fertile e fecondo di frutti, al punto tale che tale dovizia di risultati consente un passaggio successivo, forse quello foriero di maggiori criticità, per giunta di non immediata soluzione. Sarà infatti in qualche modo possibile che il procedimento amministrativo possa egualmente giocare un ruolo importante (e in quale direzione e con quali obiettivi?) anche in occasione dei tanti esperimenti di “democrazia di prossimità”, ossia di “democrazia dei cittadini”, ad esempio in occasione della messa in campo delle grandi opere a carattere infrastrutturale ma anche di quelle minori e tuttavia incidenti sulla qualità della vita dell’ “uomo qualunque”, del *quivis de populo*, eventualmente “amante della natura allo stato brado”¹²¹?

Tali domande non si pongono soltanto sul piano dello stretto diritto positivo il quale, come è ben noto, fornisce risposte piuttosto differenziate: dalle procedure di inchiesta pubblica relativamente ai procedimenti di VIA e VAS fino alle più impegnative proposizioni normative di cui alla convenzione di Aarhus grazie alle quali gli spazi e le forme della “democrazia di prossimità” potrebbero notevolmente ampliarsi. Il problema è, in effetti, di ordine più generale, di ordine sistemico e di alta caratura etica, di quell’etica pratica ed applicata che dovrebbe ispirare e conformare le politiche pubbliche di tutela dell’ambiente. E, infatti, sono proprio questi i temi ad essere oggettivamente evocati allorché si fa riferimento a due fenomeni critici qualificati addirittura come “sindromi”: *nimby* e *banana*.

Tale doppio fenomeno deve essere naturalmente affrontato in termini non ideologici, e anzi, per così dire, con un approccio freddo, in quanto è solo in questo modo che si può confidare di coglierne, a mio avviso, gli aspetti di maggior interesse, sul piano del diritto, dell’etica e (anche) del costume e delle dinamiche sociali.

¹¹⁹ Secondo quanto messo in luce, con argomentazioni del tutto condivisibili, da MORAND-DEVILLER, nel saggio che apre questo volume.

¹²⁰ Ancora MORAND-DEVILLER, nel saggio appena cit., e, sulla stessa lunghezza d’onda, M.A. SANDULLI, *op. loc. cit.* e HOPPE, *op. loc. cit.*

¹²¹ Cfr., recentemente, PIZZANELLI, *op. loc. cit.* nonché già M.A. SANDULLI, *op. loc. cit.*

È, ad esempio, abbastanza facile argomentare che le dottrine e le logiche comportamentali della *deep ecology* possono condurre ad una vera e propria radicalizzazione ideologica dello scontro tra le ragioni dell'ecologia e quelle dell'economia, scontro che, nel momento in cui vi sia insanabile contrasto fra opposte visioni del mondo, può addirittura condurre ad esiti finali in parte inattesi: dal consumo sfacciato di territorio o dalla messa in campo di attività antropiche al di fuori di ogni corretta applicazione del principio di precauzione non è davvero difficile passare a dover invece affrontare e gestire i "costi del non fare"¹²².

Se questo è vero, o quantomeno verosimile, vi è sicuramente un importante elemento di riflessione che deve essere toccato, quello a mio modo di vedere di maggior peso e significato: la domanda di partecipazione al governo del territorio, in ogni suo aspetto e componente, si manifesta ormai come una vera e propria costante sistemica. Figlia della crisi della politica (di cui è orfana, nonostante tutto!), e fortemente implicata, per altro verso, con le spinte localistiche che originano dalla c.d. glocalizzazione, la democrazia di prossimità è fortemente penetrata nel mondo del diritto, con i suoi riti e con i suoi istituti materiali, tipici e propri del controllo sociale, molto spesso più come complesso dinamico di importanti e collaudate regolarità fattuali che in forza di regole formalmente codificate.

È indubbio che tale fenomenologia debba essere ricondotta alle logiche del procedimento, in quanto si tratterà di procedimenti di controllo sociale i quali, allorché vengano giuridicizzati, e cioè qualificati e riconosciuti come rilevanti dal diritto, finiscono col configurarsi, a tutti gli effetti, come procedimenti amministrativi.

Ed è del pari fuor di dubbio che essi costituiscano la cartina di tornasole di una nuova sensibilità etica alla quale il diritto deve cercare di fornire risposte se non pienamente soddisfacenti quantomeno interlocutorie.

8. Rilievi conclusivi.

A conclusione di un percorso di ricerca nel quale si è necessariamente proceduto con estrema cautela, *step by step*, non si può non concordare con quanto efficacemente affermato da un'autorevole dottrina: riflettere sull'etica significa porre delle domande senza tuttavia cercare di dare delle

¹²² Ancora PIZZANELLI, *op. cit.*, spec. 98 ss., in relazione "all'inasprimento" della sindrome di *Nimby*.

risposte ¹²³. Punto di vista, questo stesso, senz'altro condivisibile, pur dovendosi ovviamente constatare che i temi eticamente sensibili non possono restare per così dire eternamente sospesi nel vuoto pneumatico senza che si dia loro una qualche soluzione, e fra di essi, in primo luogo, al tema più drammaticamente generale perché relativo alla sorte del nostro pianeta e/o della biosfera e alla possibilità di vita delle future generazioni in questo stesso spazio vitale.

Si è già visto, sotto questo profilo (e in sintonia, del resto, con quanto sostenuto ad opera della migliore dottrina) ¹²⁴, che il diritto, pur essendo naturalmente espressione di un pensiero debole (e provvisorio), si candida molto spesso, oppure viene candidato, a fornire un principio di risposta eticamente affidabile oltre che tecnicamente spendibile sul piano della sua effettività ai temi ed ai problemi eticamente rilevanti che si pongono alla nostra attenzione. Temi e problemi che si propongono non di rado secondo una logica di affastellamento e di affollamento emergenziale, secondo i canoni materiali della “società del rischio”, ed ai quali il diritto cerca comunque di dare una qualche pur provvisoria risposta.

Il discorso ritorna, in questo modo, quasi ai nastri di partenza, nel senso che la funzione ordinatrice e conformativa del diritto sembra essere l'unico tratto davvero solido in un mondo liquido, in quella sorta di “inferno liquido” ¹²⁵ nel quale non vi sono più certezze assolute in quanto è il motore produttore di ogni certezza (la scienza con il suo derivato costituito dalla *Techné*) ad essere andato in blocco, e forse in maniera irreversibile.

Può certo sembrare paradossale, come si è già visto, che sia il diritto, ossia una scienza “sociale” insuscettibile di “spiegazioni nel dettaglio” ¹²⁶, a dover tentare di ricondurre ad unità e ordine concettuale aspetti frammentari e spesso caotici della realtà quotidiana, con risultati di (parziale) riduzione della complessità. Ma si tratta — forse — di un esito paradossale soltanto all'apparenza, in quanto se c'è, a mio avviso, un campo disciplinare capace di intercettare la relativizzazione del sapere, e quindi la sua intrinseca debolezza, questo è proprio il diritto, con la sua straordinaria capacità di fare regolazione, una regolazione la quale è comunque, per definizione, “a tempo”, ossia priva di ogni pretesa di assolutezza, di eternità e, pertanto, di infallibilità.

¹²³ Così, mirabilmente, MORAND-DEVILLER, *Droit de l'urbanisme et éthique*, in *Terres du droit. Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo*, Parigi, Dalloz, 2009, 697 ss.

¹²⁴ TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, cit.

¹²⁵ BAUMAN, *Modernità liquida*, cit., nonché ID., *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, Roma-Bari, 2008.

¹²⁶ Secondo quanto ci insegna VON HAYEK, *op. loc. cit.*

La “scienza incerta” può trovare, in altre parole, una via di uscita se si vuole imperfetta, ma pur sempre una risposta sistemica alla crisi esistenziale che quasi ne mina le fondamenta, nel diritto, in ragione della sua riconosciuta capacità adattativa ed autopoietica ¹²⁷.

Tutto bene, dunque? Ossia, non solo il diritto riesce a dare risposte mirate e concrete alle domande e alle emergenze del mondo liquido ma si rivela altresì positivamente capace di introiettare nel suo corpo vivente i principi di una “nuova” etica della responsabilità, nel segno di un diverso ed originale approccio al tema cruciale della protezione della “madre terra”, in funzione della stessa sopravvivenza delle generazioni future. È proprio sempre così?

La risposta a tale domanda non può essere che negativa, ovviamente, come si è già visto a più riprese nel corso di queste pagine; e *pour cause*, a ben vedere, nel senso che è proprio l’innata quanto tradizionale capacità adattativa del diritto a rappresentarne sia la “forza” che la “debolezza” ¹²⁸.

Il che, senza che sia necessario riprendere frammenti e spezzoni di ragionamento già messi in luce, sembra essere ben evidente non solo per quel che concerne le soluzioni pratiche ed operative che vengono date dagli ordinamenti positivi alle singole criticità (ad esempio, in materia di VIA e VAS), ma anche — e soprattutto — sul piano dei principi, sia per la loro elaborazione e messa a punto sia per la capacità che essi hanno di permeare e conformare il diritto positivo nei “rami bassi” dell’ordinamento.

Mi limito ad una semplice constatazione, nel solco di quanto sostenuto da un’autorevole dottrina: se è ben vero che la nozione di sviluppo sostenibile, fortemente evocata dal diritto internazionale e da quello dell’Unione europea, si manifesta come un “principio di saggezza”, sembra non meno vero che il successo di tale formula è tale e tanto da diventare quasi “sospetto” ¹²⁹. Sospetto per la sua genericità, in primo luogo, la quale condanna il principio stesso a giocare troppo spesso un ruolo meramente celebrativo, e sospetto anche per una certa sua ambiguità (*rectius*, ambivalenza), in quanto non è il *futuro* ad essere assunto come centro e valore strategico delle politiche per l’ambiente ma lo *sviluppo* comunque, del quale viene predicata l’ineluttabile necessità.

Si è già visto ¹³⁰ che ciò che maggiormente interessa, sotto questo

¹²⁷ Per tutti TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè, 1996.

¹²⁸ E infatti la “forza” sarà tale in virtù della sua straordinaria adattabilità laddove la “debolezza” originerà, se del caso, dalla sua instabilità (provvisorietà, liquidità, ecc.).

¹²⁹ Ancora MORAND-DEVILLER, *op. ult. cit.*

¹³⁰ V. infatti più diffusamente *supra*, alle pagine che precedono e cfr., comunque, MORAND-DEVILLER, al saggio che apre questo volume.

profilo, è un duplice aspetto: l'indicazione programmatica di un obiettivo, quello della necessaria conciliazione delle ragioni dell'ecologia e di quelle dell'economia; la conseguente e coerente messa in campo di regole e principi che originano da un'etica pratica ed applicata (della necessità), fortemente implicata con calcoli e ragionamenti anche di ordine economico, e dei quali occorre realisticamente apprezzare la concreta rilevanza.

Un'etica debole, viene da pensare, in quanto troppo incline ad inner-vare progetti e modelli compositivi di mediazione degli interessi, sicuramente in molti casi radicalmente antagonisti, secondo quanto ci rappresentano mille eventi quotidiani, piccoli e grandi ¹³¹, e tuttavia un'etica pratica ed applicata della necessità il cui fine è la conciliazione di ecologia ed economia. E la conciliazione, con il suo inevitabile prodotto finale che si sostanzia di compromessi e di mediazione, può essere ovviamente buona o cattiva (e financo ottima oppure pessima!) ma non può essere rigettata in quanto tale (in quanto mediazione, cioè), almeno finché l'etica pratica ed applicata della necessità non si trasformi in un'insostenibile etica degli affari.

Si torna con ciò — almeno a me sembra — al “punto logico di partenza”, e cioè all'utilità (ma, in realtà, alla necessità) di mettere al centro del ragionamento il procedimento amministrativo, in quanto forma visibile e materiale delle politiche pubbliche di protezione dell'ambiente onde ritestarne l'idoneità e l'adeguatezza a giocare siffatto ruolo di (buona) mediazione e quindi di (ottima) conciliazione degli interessi. E non si tratta, a ben vedere, soltanto del “punto logico di partenza” ma anche dell'ineluttabile e inevitabile punto d'approdo del discorso, in quanto il diritto non ha a sua disposizione un arco illimitato di mezzi e strumenti per raggiungere gli scopi che sono propri di un ordinamento positivo. Sicché, su questa via, il procedimento (*rectius*, i procedimenti in senso ampio, tali essendo anche le procedure negoziate alternative al modello *command and control*) ¹³² si rivela come il fondamentale percorso giuridico grazie al quale gli interessi sono comparati e valutati, anche in vista dei (buoni) risultati di mediazione e di conciliazione ai quali si è fatto cenno.

Tutto ciò non è certo irrilevante sul piano dell'etica, come si è già visto, e diviene tanto più importante e di valore strategico ai fini del discorso più generale, quanto più le forme positive e fattuali di costruzione della

¹³¹ Un esempio per tutti, da me qui solo descrittivamente evocato: il caso dell'ILVA di Taranto nel quale le ragioni del conflitto fra Ambiente (ecologia) ed economia (lavoro, occupazione e profitto d'impresa) sono del tutto oggettivamente manifeste e visibili.

¹³² Ancora, per tutti, CAFAGNO, *op. cit.*, spec. 327 ss.

decisione pubblica siano scandite da momenti di partecipazione pubblica non meramente rituali e/o simbolici ma, al contrario, suscettibili di contribuire al “modo di farsi del potere”.

Sono ben consapevole di evocare, con queste poche e conclusive battute, un universo di problemi e interrogativi che vengono (troppo) spesso abordati in modo prevalentemente “ideologico”, e pertanto con risultati viziati in radice, in quanto segnati da contrapposizioni non di rado meramente strumentali quando non — addirittura — da sterili polemiche, di bassissimo profilo culturale e di nessuna levatura etica.

Ma tant'è, il problema è verosimilmente piuttosto semplice: il procedimento amministrativo è il veicolo attivo di un diritto di garanzia obiettivamente volto ad assicurare la “parità delle armi” alle parti del procedimento medesimo; il procedimento, tuttavia, in quanto (anzitutto e necessariamente) rito e forma può risolversi nella mera considerazione degli interessi in gioco; soprattutto, le forme sensibili della democrazia di prossimità postulano momenti, anche deformalizzati, di partecipazione popolare alle scelte pubbliche relative al territorio, ad un certo territorio, a quel preciso territorio sul quale si radicano gli interessi di vita di masse più o meno ingenti di persone, anche oltre il tradizionale rapporto di cittadinanza, e cioè nel solco degli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione ¹³³.

È molto difficile immaginare che l'etica delle decisioni, l'etica pratica ed applicata della necessità più volte richiamata, e proprio in vista degli auspicati risultati di mediazione e di conciliazione fra gli interessi, possa davvero ignorare, o anche soltanto bypassare, le pulsioni e le sollecitazioni positive che le componenti attive e responsabili della società civile manifestano, in quanto portatori dei valori della contemporanea democrazia di prossimità, soggiacendo invece, fatalmente, alle suggestioni negative delle “*eaux glacées du calcul égoïste*” ¹³⁴.

Bibliografia.

- ALLEGRETTI, *Essenza e futuro della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Le forme della razionalità. Tra realismo e normatività*, Udine, Mimesis, 2009, 511 ss.
 BACONE, *Saggi del progredire della scienza*, Feltrinelli, Milano.
 BACONE, *Nuova Atlantide*, Novara, De Agostini, 1966
 BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2004
 BAUMAN, *La modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2008

¹³³ Cfr. nuovamente gli autori cit. *supra*, alle nota n. 30 (ALLEGRETTI, PIZZANELLI, L. BOBBIO, GEREMEK, ecc.), ai quali si rinvia.

¹³⁴ Così AMARTYA SEN, cit. da MORAND-DEVILLER, *Droit de l'urbanisme et éthique*, cit., 714.

- BAUMAN, *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, Roma-Bari, 2008
- BECK, *La società del rischio*, Roma, Carocci, 2000
- BELTRAME-BUCCHI, *Consultazione del pubblico e diritti partecipativi*, in *Ambito e fonti del biodiritto, Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà, Zatti, vol. I, Milano, Giuffrè, 2010, 889 ss.
- BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1974
- BUSH, *The endless frontier. A report to the President on a program for postwar scientific research*, luglio, 1945
- CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2007
- CAPURSO, *Ethics and public policy in Europe*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà, Zatti, vol. I, Milano, Giuffrè, 2010, 849 ss.
- COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, Giappichelli, 2011
- COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1993
- DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005
- DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, Rizzoli, 1992
- DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2004
- DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985
- FERRARA, *Emergency and protection of the environment in the "risk society"*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2006, 101 ss.
- FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *La tutela dell'ambiente* a cura di R. Ferrara, Torino, Giappichelli, 2006, 1 ss.
- FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Salute e sanità, Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà, Zatti, vol. V, Milano, Giuffrè, 2010
- FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Salute e sanità, Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà, Zatti, vol. V, Milano, Giuffrè, 2010 3 ss.
- FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2011
- FERRARA, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 1945 ss.
- FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, in *Riv. giur. ed.*, n. 2/2012
- FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Milano, Giuffrè, 2005
- FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Milano, Giuffrè, 2005
- FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, Laterza, 2008, 213 ss.
- FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010
- FUNTOWICZ, *Modelli di scienza e policy in Europa*, in *Ambito e fonti del biodiritto, Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà, Zatti, vol. V, Milano, Giuffrè, 2010, 533 ss.
- GEREMEK, *L'Europa e la sfida della democrazia, Lecture Altiero Spinelli*, 2007, edito dal Centro studi sul federalismo, Torino
- GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss.
- GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, Bologna, Il Mulino, 1994
- GRASSI, *Prime osservazioni sul "principio di precauzione" come norma di diritto positivo*, in *Dir. e gestione dell'ambiente*, 2001, 37 ss.
- GRATANI, *La tutela della salute e il rispetto del principio precauzionale a livello comunitario. Quando le autorità nazionali possono impedire la circolazione di OGM all'interno del proprio territorio*, in *Foro it.*, 2000, IV, 29 ss.
- HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 1243 ss.
- HOLLAND, *Hidden order: how adaptation builds complexity*, Cambridge, Massachusetts, Perseus Books, Paperbacks, 1996
- HOPPE, *Staatsaufgabe Umweltschutz*, in *Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz*, Berlino-New York, 1980
- IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2004

- JONAS, *Frontiere della vita, frontiere della tecnica*, Bologna, Il Mulino, 2011
- JONAS, *Il principio responsabilità*, Torino, Einaudi, 2009
- L. BENVENUTI, *Il diritto dell'ambiente nella prospettiva dell'etica applicata*, in *Jus*, 2000, 453 ss.
- L. BOBBIO, *Le arene deliberative*, in *Riv. it. di politiche pubbliche*, 2002, 5 ss.
- LOVELOCK, *Gaia. Nuove idee sull'ecologia*, Torino, Bollati Boringhieri, 1981
- M.A. SANDULLI, *Tutela dell'ambiente, sviluppo economico e infrastrutture: un difficile ma necessario contemperamento*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, 3 ss.
- MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1075 ss.
- MARINO, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Ed. scientifica, 2011, vol. III, 2177 ss.
- MORAND-DEVILLER, *Droit de l'urbanisme et éthique*, in *Terres du droit. Mélanges en l'honneur de Yves Jégouzo*, Parigi, Dalloz, 2009, 697 ss.
- MORAND-DEVILLER, *Le juge administratif et l'environnement*, in *RJE*, speciale, 2004, 193 ss.
- MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi editore, 2005, I, 531 ss.
- OCCHIANA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002
- OLIVETTI RASON, in AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, Laterza, 2008
- PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2010
- POLI-TIMMERMAN (a cura di), *L'etica nelle politiche ambientali*, Padova, Gregoriana libreria editrice, 1991
- POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma-Bari, Laterza, 1996
- RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in COMANDÈ-PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2004, 397 ss.
- SALVIA, *Ambiente, democrazia, scienza e tecnica*, in *Dir. e gestione dell'ambiente*, 2001, 31 ss.
- SCIMENI, *L'etica nelle politiche ambientali: una prospettiva internazionale*, in *L'etica nelle politiche ambientali*, cit., 39 ss.
- SIMON, *Decision Making and Administrative organisation*, in *Public Administrative Review*, 1944, n. 4, 16 ss.
- SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1967
- TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in GRASSI-CECCHETTI-ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, vol. I, Firenze, Olschky, 1999, 57 ss.
- TALLACCHINI, *Politiche della scienza contemporanea: le origini, Ambito e fonti del biodiritto, Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà, Zatti, vol. V, Milano, Giuffrè, 2010, vol. I, 53 ss.
- TALLACCHINI, *I saperi specialistici tra science advise e soft law: technology assessment ed expertise etica*, in *Ambito e fonti del biodiritto, Trattato di biodiritto*, a cura di Rodotà, Zatti, Milano, Giuffrè, 2010, vol. I, 861 ss.
- TEUBNER, *Il diritto come sistema autopieutico*, Milano, Giuffrè, 1996
- TOGNOTTI, *Scienziati con il vizio della truffa*, in *La Stampa* del 6 ottobre 2012
- VON HAEYK, *Metodologia ed epistemologia delle scienze sociali: individualismo metodologico e critica dello scientismo*, in *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, Il Mulino, 1988, 97 ss.
- VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Lipsia, 1910
- WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Milano, Rizzoli, 2007
- WILDAVSKY, *Speaking truth to power*, Boston, Little Brown and co., 1979
- ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992